



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] El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía
EMILIO GUICHOT REINA

- [19] La evolución de la jurisprudencia europea en materia de juegos de azar
EUGENIO ARTETXE PALOMAR

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [39] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [203] IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
F. LÓPEZ MENUDO

- [67] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
PROCESOS Y COMPETENCIAS
J. GARCÍA ROCA

- [221] X. FUNCIÓN PÚBLICA
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [81] III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
J. GARCÍA ROCA

- [235] XI. URBANISMO
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [119] IV. FUENTES DEL DERECHO
A. MENÉNDEZ REXACH

- [243] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL
A. EMBID IRUJO

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

- [265] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO

- [163] VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN

- [285] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO
J. TORNOS MAS

- [171] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
M. REBOLLO PUIG

- [309] XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [191] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
F. LÓPEZ MENUDO

- [319] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
G. FERNÁNDEZ FARRERES

El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía

EMILIO GUICHOT REINA

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Sevilla

Resumen

EL REPARTO DE COMPETENCIAS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS TRAS LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía se refirieron al reparto de competencias sobre “protección de datos”. El legislador estatal, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, constriñó la posible competencia de las Agencias autonómicas al control de los ficheros públicos de su ámbito territorial. Los nuevos Estatutos o los proyectos en tramitación asumen mayoritariamente competencias sobre protección de datos y siguen este modelo, con redacciones distintas, apurando y

excediendo en ocasiones de sus límites, lo que combinado con la inexistencia de criterios claros para delimitar los conceptos de fichero público y fichero privado y aplicar, en consecuencia, el régimen jurídico oportuno, y sumado a que un mismo sujeto puede ser responsable de ficheros de ambos tipos y estar bajo el control de dos Agencias diferentes, lleva a un resultado bastante insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la eficacia del Derecho.

Abstract

THE DISTRIBUTION OF COMPETENCES ABOUT DATUM PROTECTION AFTER THE NEW STATUTES OF AUTONOMY

Neither the Constitution nor the Statutes of Autonomy referred to the distribution of competences about “datum protection”. The state legislator, with the consent of the Constitutional Court, constrained the possible competence of the autonomous

Agencies to the control of public files in its territorial scope. The new Statutes or the projects in procedure assume in the main competences about datum protection and follow this model, with different writings, using up and exceeding in occasions its

limits, what combined with the nonexistence of clear criteria to define the concepts of public file and private file and to apply, in consequence, the right juridical regime, and added up to the fact that a same fellow can

be responsible for files of both types and to be under the control of two different Agencies, takes to a rather unsatisfactory result from the point of view of the juridical security and of the effectiveness of the Right.

Sumario:

1. Introducción. 2. El derecho a la protección de datos personales. Su ausencia de formulación constitucional como derecho y como materia de reparto competencial.

3. Su formulación y desarrollo legal: la LORTAD y la LOPD. Rango normativo y reparto de la competencia ejecutiva. 4. La jurisprudencia constitucional. 5. La creación de agencias autonómicas por leyes autonómicas y la delimitación de su ámbito de actuación. 6. El reparto de competencias a la luz de los nuevos estatutos de autonomía.

7. Recapitulación.

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, parece temerario afirmar, en un sistema de reparto competencial de una complejidad tan mayúscula como el español, que el reparto de competencias en una determinada materia es, probablemente, uno de los más endiablados. Sin embargo, no nos parece exagerada dicha afirmación aplicada a la materia “derecho a la protección de datos”. La inexistencia de una formulación expresa de dicho derecho en la CE y su afirmación por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental autónomo a la par que instrumental, aplicable al tratamiento automatizado o no de los datos, a partir de una mera llamada a la ley a regular los riesgos de la informática para los derechos de las personas; la ausencia absoluta de referencia a este derecho en el reparto de competencias derivado del originario bloque de la constitucionalidad; la institución de Autoridades de control tanto estatal como autonómicas a la delimitación de cuyo ámbito de actuación combina criterios orgánicos y funcionales, y, finalmente, una acogida asimétrica y con técnica jurídica defectuosa en los nuevos Estatutos de Autonomía han confluído para que, hoy por hoy, el reparto competencial pueda considerarse, objetivamente, como un “auténtico puzzle”¹ o como un arcano casi indescifrable que atenta contra la necesidad de (una al menos mínima) seguridad jurídica que permita el buen

(1) Así lo ha calificado TRONCOSO REIGADA, A., el autor que, en su doble condición de Director de la Agencia de datos de la Comunidad de Madrid y profesor de Derecho constitucional ha analizado hasta el momento la cuestión con mayor profundidad, en la obra colectiva dirigida por él mismo *Estudios sobre Comunidades Autónomas y protección de datos personales, II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 19-138, en pág. 112. En dicha obra colectiva se analiza monográficamente la cuestión por VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., págs. 157-161; COTINO HUESO, L., págs. 163-199; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., págs. 139-152; RUBÍ NAVARRETE, J., págs. 153-156, y LÓPEZ BOFILL, H., págs. 201-206.

funcionamiento del sistema, y, por ende, la tutela del derecho a la protección de datos. En las escasas páginas que siguen intentaremos, al menos, mostrar las piezas de este rompecabezas y arrojar alguna luz que permita componerlo².

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. SU AUSENCIA DE FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL COMO DERECHO Y COMO MATERIA DE REPARTO COMPETENCIAL

La Constitución española de 1978 fue una de las primeras de nuestro entorno jurídico en dedicar un precepto a las relaciones entre informática y derechos fundamentales. Se trata del párrafo cuarto del artículo 18, de acuerdo con el cual: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El artículo 18.4 CE es el resultante de un texto enmendado en el proceso constituyente, que encierra en sí mismo una aparente contradicción: se enmarca en el artículo 18, referido al derecho a la intimidad y al honor, a los que, además, hace una referencia singularizada expresa; pero que a la vez establece una garantía que se pregona instrumental del pleno ejercicio de (todos) los derechos (sin especificar siquiera que haya de tratarse de derechos fundamentales.)

Ninguna referencia existe en los artículos 148 o 149 CE ni en los Estatutos de Autonomía anteriores a la última generación en referencia a la materia protección de datos.

3. SU FORMULACIÓN Y DESARROLLO LEGAL: LA LORTAD Y LA LOPD. RANGO NORMATIVO Y REPARTO DE LA COMPETENCIA EJECUTIVA

El desarrollo legislativo de este precepto fue ciertamente tardío. Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), no existía ningún texto legal que regulara con carácter general la protección de datos personales, con la sola excepción de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conforme a la cual, “en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente Ley”. El 24 de octubre de 1995 se aprobó, tras un largo iter legislativo, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de da-

(2) Con carácter general, sobre protección de datos, permítaseme remitirme a la extensa bibliografía citada en mis trabajos *Datos personales y personales y Administración Pública*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005; “Derecho a la protección de datos y actividad administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 71, 2005; *Publicidad registral y derecho a la privacidad: una necesaria conciliación*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006; “La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos: en especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de libros del Registro”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 82, núm. 697, 2006; “La dialéctica entre acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, *Revista de Administración Pública*, 2007; “La tensión entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información pública y las incidencias de las TIC”, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 35, 2007.

tos personales y a la libre circulación de estos datos. De esta forma, se hizo necesario adecuar la normativa española a dicha Directiva (a pesar de que la LORTAD había tenido en cuenta el proyecto inicial), y, en consecuencia, se procedió a su transposición (de nuevo con retraso, esta vez respecto al plazo de tres años a partir de su publicación), mediante la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), que, respetando el grueso de la LORTAD, se limitó a adaptar el texto a las diferencias existentes con la Directiva y a introducir algunas otras modificaciones. La LOPD derogó la LORTAD, y constituye hoy la normativa general en materia de protección de datos.

La LORTAD, en su Exposición de Motivos, presentaba su objeto, a un tiempo, como la protección de la intimidad ante nuevos riesgos que le plantea la informática y como la garantía de un derecho distinto nacido como consecuencia de dichos riesgos, el derecho a la privacidad. Por contraste, la LOPD, que carece de Exposición de Motivos, realza su carácter instrumental para la protección de los derechos de las personas, y no de cualesquiera de ellos, sino de los fundamentales; y se aplica a todo tratamiento de datos personales, automatizado o no, siguiendo en esto lo previsto en la Directiva de 1995. La combinación de la configuración del derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo aplicable a todos los tratamientos, plantea, claro está, el interrogante de cuál sea su fundamento constitucional.

El legislador ha considerado que ambas leyes constituyen desarrollo de un derecho fundamental y les ha dotado de rango de ley orgánica, bien que no a todas sus disposiciones, diferenciación esta de gran trascendencia a efectos competenciales. La normativa estatal sobre protección de datos ha otorgado rango de ley orgánica a las disposiciones generales, los principios de la protección de datos y los derechos de las personas, mientras que tienen rango de ley ordinaria la regulación de las singularidades del régimen respectivo de los ficheros públicos y privados y una serie de garantías institucionales como son las relativas al régimen de infracciones y sanciones —con una distinción entre ficheros públicos y privados, ya que sólo respecto de éstos cabe imponer sanciones económicas— y la existencia y funciones de las Autoridades de control. La LORTAD diferenciaba, por el contrario, dentro del régimen de los ficheros públicos, el carácter de orgánico u ordinario de cada uno de los preceptos, a veces de forma discutible, pero en el aparente entendimiento de que toda limitación o exclusión general de los principios y derechos precisaba de rango de ley orgánica. La opción de la LOPD plantea, a nuestro juicio, serios problemas de constitucionalidad, ya que, conforme a la doctrina constitucional, la regulación general en negativo de los principios y derechos que conforman la arquitectura del derecho (y que, por ende, constituye su desarrollo directo) debiera, en buena lógica, tener el mismo rango que su regulación en positivo. Sólo cuando las limitaciones no son generales, sino modalizaciones al tiempo, lugar o forma de ejercicio del derecho, cabría entenderlas comprendidas en la regulación del ejercicio, y, por ello, reservadas a ley ordinaria³.

Ambas leyes previeron, con rango de ley ordinaria, la existencia de la hoy llamada Agencia española de Protección de Datos, dotada de independencia funcional y orgánica, y cuyo Di-

(3) En este mismo sentido, TRONCOSO REIGADA, A., pág. 26, nota 26.

rector monopoliza las competencias ejecutivas y es nombrado por el Gobierno con garantías de inamovilidad, a la vez que diseña la posible extensión de la competencia autonómica, al prever la posible creación de Agencias autonómicas de protección de datos cuyas competencias se limitan al control de los ficheros públicos creados o gestionados por la Administración autonómica —en la LORTAD— o la Administración local de su ámbito territorial —ampliación de la esfera competencial acogida en la LOPD⁴—. A su vez, ambas leyes han incorporado algunos mecanismos de coordinación y cooperación, si bien destaca la ausencia de institucionalización de éstos⁵.

Ha de destacarse que ni el legislador de la LORTAD ni el de la LOPD hicieron alusión expresa al título competencial específico en que se apoyaba esta regulación.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 18.4 CE recoge un derecho fundamental autónomo (en especial, respeto del derecho a la intimidad) a la par que instrumental para la efectividad de los demás derechos fundamentales: el derecho a la protección de datos, del que la LORTAD y la LOPD constituyen su desarrollo y regulación. En su aproximación a este “derecho nuevo”, el Tribunal Constitucional ha realizado un inhabitual esfuerzo dogmático para poner de manifiesto cuáles son sus puntos en común y sus elementos diferenciales respecto del derecho a la intimidad, en especial, en las Sentencias 290 y 292/2000, por referencia a una notable multiplicidad de nociones jurídicas: “objetivo” (garantizar la vida privada personal y familiar); “función” (otorgar al titular del derecho un poder de control sobre los datos personales, y no sólo la posibilidad de evitar injerencias de terceros); “objeto” (cualquier dato personal, y no sólo los “íntimos”); “contenido” (todas las facultades que permiten el control sobre los datos, y no sólo el derecho a exigir una abstención de un tercero), y “límites” (los mismos que el derecho a la intimidad). Nótese que este enérgico reconocimiento de un derecho fundamental autónomo se ha llevado a cabo pese a la debilidad evidente de la falta de apoyo expreso en el artículo 18.4 CE —aun más notorio con la extensión del ámbito de protección a los tratamientos no automatizados— ya que, en realidad, son

(4) Sus funciones se corresponden con las de la Agencia española, con exclusión de las referidas a los movimientos internacionales de datos, a las de publicidad periódica acerca de la existencia de ficheros, y a la redacción de la memoria anual y su presentación al Ministerio de Justicia. Dichas Agencias han de tener garantizada su plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido —exigencia esta presente también en la Directiva comunitaria—. Podrán estar a cargo de sus propios Registros de ficheros para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre ellos, si bien todos los ficheros sin excepción deben inscribirse en el Registro General de la agencia española, incluso aquellos cuyo control compete a las agencias autonómicas. Sobre la naturaleza meramente administrativa o no de estos Registros y la obligación o no de inscripción en el Registro General de los ficheros competencia de las Agencias autonómicas existe una polémica entre la Agencia española y las autonómicas. Véase la posición de la primera en el Informe publicado en su Memoria de 2002. Sobre las relaciones entre la Agencia española y las autonómicas, incluida la posición de ambas en el plano internacional, vid. TRONCOSO REIGADA, A., págs. 115-138.

(5) De esta manera, el Director de la Agencia española de Protección de Datos y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas pueden solicitarse mutuamente la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. El Director de la AEPD puede convocar regularmente a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a efectos de cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación. Finalmente, si el Director de la AEPD constata que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia puede requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento. Si la Administración pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia española puede impugnar la resolución adoptada por aquella Administración.

múltiples los pronunciamientos en que intimidad y protección de datos parecen identificarse y/o en los que las facultades integrantes del derecho a la protección de datos se presentan como manifestaciones de un nuevo alcance del derecho a la intimidad, que se extendería en la actualidad a la protección de cualquier dato personal, aunque no pertenezca a la esfera de lo que tradicionalmente se ha considerado “íntimo”⁶.

En lo que ahora más específicamente nos interesa, el reparto competencial en materia de protección de datos, la sentencia de referencia es la 290/2000, en que se ventila un recurso de inconstitucional promovido por las Instituciones políticas catalanas contra los preceptos de la LORTAD que establecían, en los términos antes expuestos, el respectivo ámbito de competencia de la Agencia española y de las autonómicas, y, por ende, de la instancia competente en materia ejecutiva, para el registro de ficheros, la vigilancia y sanción. El Tribunal entró a conocer de la cuestión, pese a que en esa fecha la LORTAD ya no estaba en vigor, habiendo sido sustituida por la LOPD y salvó su constitucionalidad. La argumentación resulta ciertamente farragosa, enrevesada y, en determinados aspectos, discutible. En síntesis, afirma que la competencia en materia de protección de datos, contra lo defendido por los recurrentes, no es instrumental, esto es, no va anexa a la competencia sobre el sector material a cuyos fines se crea el fichero en cuestión, sino que se vincula al propio derecho fundamental, por lo que fundamenta la competencia estatal en los artículos 81.1 y 149.1.1 CE. Sostiene que sólo una regulación uniforme en todo el territorio nacional puede garantizar la protección de los derechos. Además, añade que la competencia estatal sobre los ficheros ubicados en las Comunidades Autónomas derivaría del artículo 149.1.1 CE, que, conforme a una línea jurisprudencial conocida y pese a que alude a la “regulación” de las condiciones básicas, “también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional”, constituida, en este caso, por una Autoridad, la Agencia española de protección de datos, que ejerce sus competencias sobre todo fichero privado cualquiera que sea su ubicación y en cuyo registro hay que inscribir todos los ficheros, públicos o privados⁷.

(6) Un examen exhaustivo de la jurisprudencia revela que, en realidad, el derecho invocado en los recursos de amparo (derecho a la intimidad o derecho a la protección de datos) y analizado por el Tribunal Constitucional está en función de la vertiente defensiva o activa que se pretende hacer valer. Esto es, cuando el ciudadano pretende hacer frente a la imposición legal de cargas informativas (es decir, a la revelación incontestada de sus datos personales, por él mismo o por terceros) invoca su derecho a la intimidad ex artículo 18.1 CE (con el resultado invariable de que el Tribunal entiende proporcionada la injerencia siempre que persiga fin constitucional y el tratamiento posterior se haga con las necesarias garantías, que serán precisamente los principios y garantías que integran el derecho a la protección de datos). Por el contrario, cuando los datos ya obran en poder de un tercero, público o privado, y el afectado pretende una prestación de éstos, el invocado será precisamente el derecho a la protección de datos del artículo 18.4 CE. Desde esta segunda perspectiva, pueden citarse la STC 254/1993, de 20 de julio; la serie de sentencias iniciada con la 11/1998, de 13 de enero (y seguida en 1998 por la 33, 35, 45, 60, 77, 94, 104, 105, 106, 123, 124, 125, 126, 158, 198, 223, y en 1999 por la 30, 44, 45; o la STC 202/1999, de 8 de noviembre y las trascendentales SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre).

(7) FJ 15º: “(...) De lo anterior se desprende, pues, que la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (artículo 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas ex artículo 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales. A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea

La argumentación es discutible, especialmente por su contundencia. Esto es, el Tribunal Constitucional no se limita a expresar la conformidad de la solución estatal con la Constitución en términos de un control negativo, es decir, de encontrarse dentro de las opciones constitucionalmente posibles, sino que parece afirmar que es una exigencia constitucional y, por ello, la única que permite la Constitución, en cuanto sólo ella garantiza la efectividad del derecho y la igualdad de todos los españoles. Ahora bien, que eso sea así no es tan evidente. En el plano normativo, porque no parece que la competencia estatal para aprobar leyes orgánicas que contengan un desarrollo directo de un derecho fundamental ex artículo 81.1 CE, unida a la que permite al Estado regular las condiciones básicas ex artículo 149.1.1 CE, supongan un agotamiento de las posibilidades regulatorias de los legisladores autonómicos, en especial en la regulación de la vertiente objetiva o institucional del derecho, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en otros ámbitos. En el plano ejecutivo, porque no resulta en modo alguno indiscutible que dichas condiciones básicas no puedan compatibilizarse con sistemas más descentralizados que incluyan el reconocimiento de competencias ejecutivas sobre ficheros privados a las Autoridades subestatales (como ocurre, en grados diversos, en Alemania, Canadá o Suiza), integradas, en su caso, dentro de un sistema que permita la coordinación y la cooperación. Es más, llevando el razonamiento a una línea de coherencia, no explica por qué, por el contrario, se admite la competencia de las Autoridades de control autonómicas sobre los ficheros públicos autonómicos —en la LORTAD— y su posterior ampliación a los locales —en la LOPD—. Es decir, la sentencia, por lo categórico de sus afirmaciones, pareció cercenar de forma absoluta —y a nuestro juicio, indeseable— el ámbito de decisión política competencial sobre esta materia, que puede decantarse por el modelo de la LORTAD —control por las Autoridades autonómicas sólo de los ficheros autonómicos— por el de la LOPD —incluyendo los locales— o por otro que incluya todos los ficheros privados ubicados en la Comunidad Autónoma o bien sólo algunos en función de la materia o del ámbito territorial al que se extienda la actividad, con mecanismos, en su caso, que aseguren la igualdad y la efectividad en la garantía del derecho exigidas constitucionalmente —como ocurre en otros países nada sospechosos de no tutelar el derecho a la protección de datos—. Prueba de que las posibilidades razonables son varias es la propia existencia de modelos diversos postulados por la doctrina especializada⁸.

el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros”.

(8) Así, alguien tan solvente, ponderado y conocedor del tema como TRONCOSO REIGADA, A. aporta argumentos a favor y en contra de la extensión de la competencia autonómica a los ficheros privados. Considera que los ficheros privados, a diferencia de lo que ocurre con los públicos autonómicos o locales, desarrollan su actividad en un ámbito normalmente superior al de la Comunidad Autónoma, y con frecuentes externalizaciones, lo que dificultaría su control por la Autoridad autonómica. El modelo actual sería más sencillo y eficaz, y por tanto, razonable, si bien sería conveniente que la AEPP se apoyara en convenios y encomiendas de gestión a las Autoridades autonómicas en la actividad inspectora, lo que sería más adecuado que la apertura de delegaciones, que iría en dirección contraria en una etapa caracterizada por la descentralización de competencias. Ahora bien, a la vista de la dificultad de la AEPP para controlar todos los ficheros, apuesta como modelo ideal a la atribución a las Agencias autonómicas de las competencias sobre algunos ficheros privados: los de pequeñas empresas y comercios que desarrollan su actividad en una sola Comunidad Autónoma, junto a la competencia en materia de acceso a la información pública (págs. 54-59). Más adelante, pág. 115, resume así su modelo teórico óptimo: “Cualquier modelo de distribución competencial tiene que ser claro —que evite conflictos— y comprensible para los ciudadanos, no para doctores en Derecho administrativo. Hemos defendido que en aras de una mayor simplicidad dentro del ámbito de la protección de datos personales hay que procurar evitar la duplicidad de autoridades de control sobre el mismo responsable del fichero al tiempo que se aplica el régimen jurídico adecuado a cada fichero. Lo más adecuado, por la claridad que supone, es que la determinación del ámbito competencial se haga en virtud del responsable. Por eso, las Administraciones Autonómicas y Locales tienen ficheros públicos y su autoridad de control sería la Agencia Autonómica. Un ente público que recurre al Derecho privado sería una Administración pública con ficheros de titularidad pública cuya autoridad de control sería la Agencia Autonómica. Las sociedades mercantiles públicas son parte de la Administración Institucional y deben ser controladas por las Agencias Autonómicas —también pueden ser controladas por la Agencia Española— y sus

Todos los modelos que garanticen los principios antedichos deberían ser posible objeto de decisión política, dentro del respeto al marco constitucional y estatutario⁹.

5. LA CREACIÓN DE AGENCIAS AUTONÓMICAS POR LEYES AUTONÓMICAS Y LA DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO DE ACTUACIÓN

Hasta el momento, se encuentran en vigor tres leyes autonómicas en materia de protección de datos, la madrileña, la catalana y la vasca, que han creado las respectivas Agencias autonómicas, todas ellas aprobadas antes del actual proceso de reforma estatutaria y apoyadas, por tanto, en la propia delimitación competencial operada por el artículo 41.1 LOPD¹⁰. Y ello por

ficheros siguen el régimen de Derecho privado. Los encargados de tratamiento privados de ficheros públicos así como las empresas privadas que desarrollan funciones públicas son sujetos privados a los que se les aplica el régimen jurídico de los ficheros privados y deben ser controlados por la Agencia Española (...). Si se pretende incrementar las competencias de las Agencias autonómicas esto se puede hacer también desde una perspectiva del tipo de sujeto, por ejemplo, atribuyendo a las Agencias Autonómicas el control del pequeño comercio (...). En todo caso, una Comunidad Autónoma no es más o menos por desarrollar más o menos competencias sino por la calidad del servicio que presta a los ciudadanos". LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. defiende la extensión de las funciones de las Agencias autonómicas "sobre un espectro más amplio de ficheros, que podría alcanzar a los de titularidad privada cuando tengan relación con las materias de competencia de la respectiva Comunidad Autónoma". Pone de relieve cómo en la jurisprudencia constitucional el artículo 149.1.1 de la Constitución tiene un alcance fundamentalmente normativo. La tesis asumida por la STC 290/2000 estaría más motivada por razones de orden práctico que por la coherencia con la anterior doctrina sobre el artículo 149.1.1 CE y con las reglas generales del reparto de competencias. "Ese objetivo superior quizá haya de apoyarse, por ahora, en una organización con un alto grado de centralización y de intensa colaboración entre Agencias, pero esa fórmula creo que ha de entenderse como una solución propia de una fase de transición y no como algo definitivo e irrevocable. La consolidación de las Agencias autonómicas y de la capacidad protectora del sistema en su conjunto podrá contribuir seguramente a ello de modo que el artículo 149.1.1 CE recobre su dimensión normativa y no se prolongue más de lo debido una situación que la propia STC 290/2000 reviste de excepcionalidad" (págs. 144-150). VILLAYERDE MENÉNDEZ, I. considera que las Agencias autonómicas deberían extender sus competencias a los ficheros públicos de titularidad autonómica y local, y a todos los privados radicados en su territorio y afectos a actividades de competencia autonómica (pág. 161). Para COTINO HUESO, L., "(...) sería pensable atribuir funciones más o menos limitadas a las autoridades autonómicas respecto de ficheros privados (e incluso públicos estatales en el territorio). Respecto de estos ficheros ahora excluidos las autonomías podrían asumir desde funciones de asistencia más próxima, información y asesoramiento, supervisión inicial sin perjuicio de una supervisión estatal, hasta la gestión y registro, inspección, etc. Las posibilidades podrían ser muchas y graduales, siempre condicionadas por la voluntad del legislador estatal y la interpretación constitucional" (pág. 186).

(9) En este mismo sentido se pronuncian TRONCOSO REIGADA, A., pág. 43 o VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., pág. 158.

(10) La primera fue creada por la Ley madrileña 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid, sustituida por la Ley madrileña 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid. La segunda, por la Ley catalana 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos. La tercera, por la Ley vasca 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la agencia Vasca de Protección de Datos. Todas estas Comunidades han aprobado los correspondientes Estatutos reguladores de sus Agencias. La Disposición Adicional Segunda de la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la implantación de la Administración electrónica en la Comunidad Foral de Navarra prevé la creación de la Agencia Navarra de Protección de Datos. En Andalucía el Grupo parlamentario popular presentó en la VI legislatura la proposición de ley 6-03/PPL-000008, de creación de la Agencia Andaluza de Protección de Datos. Tras obtener la calificación favorable y la admisión a trámite por la Mesa del Parlamento, fue remitida al Consejo de Gobierno en cumplimiento del trámite previsto en el artículo 124.2 del Reglamento del parlamento de Andalucía. El Consejo de Gobierno manifestó su criterio contrario a la toma en consideración y la propuesta decayó. El Consejo de Gobierno alegó que "(...) no es viable la tramitación de una proposición de ley de creación de un organismo como la Agencia Andaluza de Protección de Datos, especialmente cuando no hay razones de necesidad ni de oportunidad que justifiquen su existencia en estos momentos, teniendo presente que sus funciones han de limitarse a un ámbito muy concreto, los ficheros creados o gestionados por la Comunidad Autónoma y por las Entidades Locales de su territorio, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que garantiza plenamente los derechos de los ciudadanos. Estos motivos, unidos a los defectos y contradicciones de que adolece el texto de la proposición de ley llevan a manifestar un criterio contrario a su toma en consideración". Estos defectos se referían a la configuración como organismo autónomo, contradictoria con caracterización de la Agencia como organismo independiente de la Junta de Andalucía, y diferente a la forma elegida por las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña, únicas que por aquel entonces habían creado su propia Agencia. Resaltaba, además, que la propuesta no iba acompañada de memoria explicativa de los medios

cuanto, conforme a los principios constitucionales, al no haber sido asumida la materia “protección de datos” por los Estatutos ni tratarse de una actividad instrumental –concepción esta, como vimos, descartada por el Tribunal Constitucional– toda la competencia, tanto legislativa como ejecutiva, había de reputarse estatal por el juego de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE.

Como notas más destacables de las regulaciones existentes hasta el presente puede señalarse que el legislador autonómico se ha limitado a reproducir algunos preceptos de la normativa estatal, tanto de la parte orgánica como de la que carece de dicho rango, y a habilitar a los Gobiernos autonómicos para el desarrollo reglamentario de los procedimientos de declaración e inscripción de ficheros y de control y tutela¹¹. El legislador anterior a los nuevos Estatutos de Autonomía parece haber extraído como conclusión de la legislación estatal y de su refrendo por la jurisprudencia constitucional que su margen competencial se reduce básicamente a la creación y regulación de Agencias autonómicas competentes en materia de ficheros creados o gestionados por la Administración autonómica y local, y al desarrollo de algunos aspectos relacionados con la creación de ficheros públicos en su ámbito de actuación¹². En la interpretación de dicho ámbito existían algunas divergencias relevantes. Lo cierto es que a la dificultad de discernir cuál sea exactamente el ámbito de actuación de las Agencias autonómicas puestas de manifiesto por dichas disparidades –en un momento en que los Estatutos nada habían previsto y por tanto la medida de la competencia autonómica venía dada, exclusivamente, por la opción del legislador estatal reflejada en el artículo 41.1 CE– se le une la complejidad de discernir cuándo a un tratamiento bajo la competencia ejecutiva de dichas Agencias autonómicas había de aplicársele el régimen de los ficheros públicos o el de los ficheros privados, pues, a la vista de la regulación estatal y de las autonómicas, no es tan evidente que el ámbito de competencia de las Agencias autonómicas quede reducido tan sólo a ficheros públicos de ámbito territorial autonómico¹³. La actual normativa presenta, pues, no pocos puntos oscuros en torno al régimen

de financiación del nuevo organismo. Consideraba asimismo excesivo el plazo de seis meses previsto para la contestación de las reclamaciones de los interesados.

(11) Al respecto, es significativo que la Ley vasca reproduce literalmente el sistema de infracciones y sanciones estatal.

(12) Resulta elocuente que el legislador madrileño, que había ido más allá en la Ley de 1995, fue mucho más contenido en su nueva regulación de 2001, ya posterior a la LOPD y a la STC 290/2000.

(13) Así, la legislación madrileña y la vasca siguieron un criterio orgánico que incluye los entes con personificación pública –si bien en el caso del País Vasco, sólo cuando los ficheros son creados para el ejercicio de potestades de Derecho público– y las Universidades públicas. Respecto de las Corporaciones de Derecho Público, se incluyeron los ficheros destinados al ejercicio de funciones públicas. La legislación catalana fue mucho más lejos, e incluyó también a los entes dependientes de Administraciones públicas con personificación privada, a las entidades privadas que prestan servicios públicos, a las Corporaciones de Derecho público –sin limitarse expresamente a los ficheros para el ejercicio de funciones públicas– y a las Universidades privadas, en clara contradicción con el artículo 41.1 de la LOPD. Paradójicamente, la única ley que ha previsto expresamente la posibilidad de imponer sanciones económicas –por entender, debe colegirse, que entran en su ámbito de competencia algunos ficheros privados– es la vasca, no así la madrileña ni, sorprendentemente, la catalana. Por lo demás, la LOPD atribuye a las Agencias autonómicas el control no sólo de los ficheros gestionados sino también de los creados por la Administración autonómica y local, lo que plantea el problema de determinar la Autoridad competente y el régimen jurídico aplicable a las empresas privadas que realizan tratamientos de datos obrantes en ficheros públicos por cuenta de aquéllas, como encargada del tratamiento en los términos del artículo 12 LOPD. Conforme dispone dicho artículo, cuando se produce un incumplimiento de los términos del encargo, se considera al encargado como responsable del tratamiento, lo que parece conducir a aplicarles el régimen de los ficheros privados, que incluye la imposición de sanciones económicas, pero ello plantea cuál sea la autoridad competente, puesto que, como señalamos, ni la ley madrileña ni la catalana lo prevén expresamente. ¿Pueden, pese a ello, sancionar? ¿Ha de entenderse que se trata de un fichero privado cuyo control compete a la Agencia española? El tema no es pacífico, ambas opciones cuentan con argumentos a favor y en contra, y se complica aun más si se tiene en cuenta que la empresa encargada del tratamiento puede realizarlo fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma por cuya cuenta lo hace.

jurídico aplicable y de roce en cuanto al ámbito de competencia de las AEPD y de las Agencias autonómicas¹⁴. Por lo demás, la normativa autonómica ha establecido la obligación de sus respectivas Agencias de colaborar con la estatal y con las restantes autonómicas.

6. EL REPARTO DE COMPETENCIAS A LA LUZ DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Los nuevos Estatutos de Autonomía se refieren, con la única excepción del valenciano y de la propuesta vasca que fue rechazada, a la materia “protección de datos” de forma eso sí relativamente heterogénea¹⁵.

El reconocimiento del derecho a la protección de datos es general en los Estatutos ya aprobados —como los de Cataluña (artículo 31), Andalucía (artículo 32), Baleares (artículo 28), Aragón (artículo 16.3)— o en las propuestas en tramitación —como las de Castilla y León [artículo 12.d)] y Castilla-La Mancha [artículo 12.f)]— no así en la de Canarias. Sus términos difieren parcialmente tanto en su contenido material —en todos se incluye el acceso y rectificación, pero no en todos la cancelación¹⁶— como en su ámbito de aplicación¹⁷. La inclusión de derechos en los Estatutos plantea problemas generales de dogmática constitucional, sobre su pertinencia y su efecto, en los que no podemos entrar¹⁸.

El citado reconocimiento de dichos derechos se refiere a un determinado ámbito de aplicación, pero también aquí hay diferencias, ya que mientras que el catalán se limita a señalar que se refiere a los ficheros competencia de dicha Comunidad Autónoma, los demás delimitan dicho ámbito sin un perfecto paralelismo con el ámbito de competencias definido en aquella sede, salvo en el caso balear¹⁹, lo que ha de reputarse el resultado de una deficiente técnica legislativa.

(14) Una exposición completa en TRONCOSO REIGADA, A., *op. cit.*, págs. 61-106.

(15) Así, junto con el de Andalucía, artículos 31 y 156 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; y artículo 75 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Se encuentran en tramitación parlamentaria las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Canarias, Castilla-La Mancha y Castilla y León.

(16) A la que no se alude en el de Cataluña ni en el de Castilla-La Mancha.

(17) Como dijimos, el derecho no se encuentra formulado como tal de forma expresa en la Constitución, y menos aun una definición de éste, que ha sido llevada a cabo, como vimos, con pretensiones de generalidad, en la STC 292/2000. Como elemento de comparación, resulta pertinente apuntar que la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconoce este derecho en su artículo 8 en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

(18) Un interesante debate ha tenido lugar en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, núm. 78, 2006; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., “Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía”, núm. 79, 2007).

(19) Así, el EA de Andalucía se refiere a los datos personales “en poder de las Administraciones públicas andaluzas”, mientras que en su ámbito de competencias previsto en el artículo 82 se refiere a los datos “gestionados por las instituciones autonómicas de Andalucía, Administración autonómica, Administraciones locales, y otras entidades de derecho público y

En lo que hace, propiamente, a las previsiones de reparto competencial lo primero que cabe destacar es que dichos Estatutos han respetado en lo sustancial el diseño realizado por la LOPD y refrendado por el Tribunal Constitucional, apurando, eso sí, las interpretaciones más favorables —en ocasiones, de forma claramente excesiva— pero sin “atreverse” a optar por un modelo distinto, en particular, por la asunción de competencias ejecutivas sobre ficheros privados desvinculados de toda relación con las Administraciones Públicas. Es decir, siendo posible concebir en abstracto la asunción de dichas competencias, como ha ocurrido en otros Estados compuestos, el estatuyente ha “preferido” agotar las posibilidades del modelo estatal previo. No hay que olvidar al respecto, claro está, que los Estatutos son el resultado de un proceso negociador, especialmente complejo en el caso del reparto competencial, y que, por tanto, ello no significa que la voluntad inicial de todos los Parlamentos autonómicos haya sido ésa, y de hecho, el Estatuto de Cataluña, que ha sido el primero en incorporar la protección de datos y el que ha llegado más lejos, era inicialmente mucho más ambicioso, incluyendo todos los ficheros privados ubicados en el ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma. Sin duda, ha contribuido a ello el pronunciamiento tajante de la STC 290/2000, que, como vimos, y de forma discutible, parecía considerar que el modelo de reparto concebido por el artículo 41.1 LOPD era el único que podía garantizar el derecho a la protección de datos y la igualdad básica en su disfrute, por lo que parecía deducirse el riesgo de que cualquier otro reparto, incluso decidido en el proceso estatuyente, podría haber sido considerado inconstitucional por ser contrario a la igualdad atentar contra la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.1 CE en su diseño actual por la LOPD o el que pudiera incorporar, en el mismo sentido, una nueva ley de protección de datos.

Hay que señalar que también en sede competencial se reproduce la asimetría. Casi todos los Estatutos y las propuestas recogen la competencia autonómica de desarrollo legislativo —con frecuencia apelando impropriamente al esquema legislación básica/legislación de desarrollo, como en el caso balear, aragonés o castellano-leonés— y ejecución en materia de protección de datos²⁰. Sin embargo, los Estatutos catalán y andaluz tan sólo se refieren a la competencia ejecutiva, entendiendo, parece deducirse, que la competencia legislativa está monopolizada por el Estado por el juego de los artículos 81.1 y 149.1.1 CE, esto es, que la normación en tanto materia reservada a Ley Orgánica por ser desarrollo directo del derecho y en tanto materia reservada a Ley ordinaria estatal por referirse a las condiciones básicas, no deja hueco para una regulación autonómica propia, más allá de la organizativa.

En lo que hace al ámbito de actuación de dichas competencias, las formulaciones son variadas. Mayoritariamente engloban los ficheros creados y/o gestionados por las Administraciones

privado dependientes de cualquiera de ellas, así como por las universidades del sistema universitario andaluz”. El EA de Aragón se refiere a “las bases de datos de las Administraciones Públicas aragonesas y las empresas privadas que trabajen o colaboren con ellas”, mientras que su ámbito de competencias diseñado en el artículo 75.5 se refiere a “los ficheros creados o gestionados por las instituciones públicas de Aragón”. El proyecto castellano-leonés refiere el derecho a los datos “contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica”, mientras que sus competencias se extienden, conforme al artículo 71.1.2 a los datos “que estén bajo la responsabilidad de las instituciones de la Comunidad, de los entes locales y de cualquier entidad pública o privada dependiente de aquéllas”. Finalmente, la propuesta de Castilla-La Mancha refiere el derecho a los datos “contenidos en los ficheros de la Junta de Comunidades” mientras que su artículo 113.2 refiere sus competencias a los datos “gestionados por el sector público de Castilla-La Mancha”.

(20) En el caso castellano-manchego se alude ambiguamente a que la Junta de Comunidades “tiene atribuida la protección de datos” (artículo 113.1 de la propuesta).

públicas autonómicas o locales de su ámbito territorial, y los entes de cualquier clase creados o vinculados a ellas, incluyendo en unos casos y en otros no a las Universidades privadas, pero la disparidad de formulaciones hace que en unos casos queden englobados los ficheros de las Universidades privadas y en otros no (en cuyo caso, pertenecería al Estado por tratarse de ficheros privados conforme a la LOPD, que es el entendimiento actual que hace el Estado del alcance de su competencia); y que en unos casos se incluya a los ficheros creados pero no gestionados por dichas entidades y en otros no (en cuyo caso, la competencia ejecutiva sobre los ficheros gestionados por encargados de tratamiento privados pertenecería al Estado por el juego del artículo 149.3, bien que puede considerarse que, en la medida en que no se modifique la LOPD o la norma que la derogue, mantenga su regulación en este punto, al atribuir ésta a las Agencias autonómicas el control de los ficheros “creados y gestionados” estaría produciendo una ampliación de la competencia asumida estatutariamente)²¹. Mención aparte merece el EA catalán, que dedica un extenso artículo, el 156, a regular con detalle dicho ámbito de actuación, dando cobertura a aquellas previsiones de su Ley que, como señalamos, eran de dudosa compatibilidad, cuando no abiertamente contrarias, con el artículo 41.1 LOPD, pero que ahora se reputan cubiertas por el nuevo bloque de la constitucionalidad, a expensas, en éste como en los demás casos, de lo que pueda determinar el Tribunal Constitucional al respecto y en concreto, respecto de su compatibilidad con la definición estatal de la necesaria igualdad en las condiciones básicas ex artículo 149.1.1 CE²².

Las consecuencias de la concreta fórmula elegida son, desde luego, importantes, pues, como puede comprobarse, dan respuestas diversas a la extensión o no de la competencia autonómica. Los EEAA, en general, aunque no de modo uniforme, han extendido el ámbito de competencia ejecutiva autonómica respecto de supuestos que la LOPD dejaba en cierta indefinición, cuando no claramente excluidos, como, mayoritariamente, los entes de derecho privado dependientes de la Administración autonómica o local, y, en algunos casos, las Universidades

(21) Unos refieren su ámbito a los datos de carácter personal, gestionados por las instituciones autonómicas de Andalucía, Administración autonómica, Administraciones locales y otras entidades de derecho público y privado dependientes de cualquiera de ellas, así como por las universidades del sistema universitario andaluz” (artículo 82 del EA andaluz); “los ficheros de titularidad de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma y los entes u organismos de cualquier clase vinculados o dependientes de éstas” (artículo 31.14 del EA balear); otros a los “creados o gestionados por las instituciones públicas de Aragón” (artículo 75.5 del EA aragonés); a los datos “gestionados por las instituciones autonómicas de Canarias, Administración autonómica, administraciones locales y otras entidades de derecho público y privado dependientes de cualquiera de ellas, así como por las universidades del sistema universitario canario” (artículo 87 de la propuesta canaria); a los datos “que estén bajo la responsabilidad de las instituciones de la Comunidad, de los entes locales y de cualquier entidad pública o privada dependiente de aquéllas” (artículo 71.2 propuesta castellano-leonesa) o a los datos “gestionados por el sector público de Castilla-La Mancha” (artículo 113.1 EA castellano-manchego).

(22) Artículo 156. *Protección de datos de carácter personal*. “Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de protección de datos de carácter personal que, respetando las garantías de los derechos fundamentales en esta materia, incluye en todo caso: a) La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat, las administraciones locales de Cataluña, las entidades autónomas y las demás entidades de derecho público o privado que dependen de las administraciones autonómica o locales o que prestan servicios o realizan actividades por cuenta propia a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta, y las universidades que integran el sistema universitario catalán. b) La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal privados creados o gestionados por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas con relación a materias que son competencia de la Generalitat o de los entes locales de Cataluña si el tratamiento se efectúa en Cataluña. c) La inscripción y el control de los ficheros y los tratamientos de datos que creen o gestionen las corporaciones de derecho público que ejerzan sus funciones exclusivamente en el ámbito territorial de Cataluña. d) La constitución de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, que vele por la garantía del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de las competencias de la Generalitat”.

privadas y los ficheros privados de las Corporaciones de Derecho Público, que no pueden considerarse creados ni gestionados por Administraciones públicas, y sobre los que por tanto habrá de aplicarse el régimen de los ficheros privados diseñado por la LOPD, muy diferente del de los públicos, y el régimen de sanciones económicas.

Ha de reseñarse que la mayor parte de los Estatutos, pero no todos –caso andaluz, balear o canario–, prevé la existencia de una Autoridad independiente autonómica de control, bien como institución necesaria –caso catalán [artículo 31, *in fine* y 156.d)] y castellano-manchego (artículo 113.2)–; potestativa –caso castellano-leonés [artículo 12.d)]–; o como mera competencia sin pronunciarse sobre el particular –caso aragonés (artículo 75.5)–. En todo caso, hay que afirmar que, por una parte, la falta de previsión estatutaria no impide su creación y, por otra, que no sólo la LOPD –cuya vinculatoriedad a estos efectos puede discutirse– sino la Directiva comunitaria y la propia STC 290/2000 han establecido la necesaria existencia de una Autoridad independiente de control, de tal forma que la asunción de competencias ejecutivas implica su necesaria creación. Dicha institución es denominada en unos casos Agencia de Protección de datos –casos aragonés, castellano-leonés– y denominándose en otros genéricamente como Autoridad independiente –caso catalán y castellano-manchego–. Habida cuenta de la polivocidad del término “agencia” –no siempre dotadas de estatus de independencia– y de la existencia de otras posibilidades que conoce el Derecho comparado –como residenciar el control en el Defensor del Pueblo o, lo que nos parece muy oportuno, atribuirle también funciones de autoridad de acceso a la información administrativa, a semejanza de las autoridades provinciales canadienses– la segunda opción puede revelarse más adecuada, pese a que sea la de Agencia la denominación utilizada por la propia Agencia española de protección de datos. Algunos EEAA añaden previsiones adicionales, como la creación necesariamente por Ley –casos castellano-leonés y castellano-manchego– o, específicamente, en el caso catalán, la designación parlamentaria de dicha Autoridad, contra lo que ha sido hasta hoy el modelo uniforme de designación gubernamental tanto a nivel estatal como autonómico. Nótese, por lo demás, que ningún Estatuto establece la necesaria figura de un Director o Directora como órgano unipersonal ejecutivo, por lo que hay libertad de configuración legal.

El Estatuto catalán, el andaluz y la propuesta de Estatuto canario prevén la participación de la Comunidad Autónoma en la designación de los miembros de la Agencia Española de Protección de Datos –esta última, curiosamente, a la par que no prevé estatutariamente la existencia de una autoridad autonómica²³–. La forma de participación queda a la legislación estatal.

Como puede observarse, entre los Estatutos, se dan disparidades e incluso contradicciones internas que ponen de relieve la falta de un modelo claro y uniforme, que se compatibilizan, sin embargo, con una falta de decisión a asumir competencias más allá (o mucho más allá) de lo que les reservara en su día la legislación estatal, probablemente “intimidados” por la contundencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 290/2000²⁴.

(23) Artículos 182 del EA catalán –con la fórmula ambigua “designa o participa en los procesos de designación” utilizada por dicho Estatuto, cuya redacción inicial utilizaba sólo “designa”– y 87.1.3 y 125.3 del Estatuto canario –éste sí aludiendo tan sólo a la participación–.

(24) Sobre el atípico proceso de reforma estatutaria y la falta de un modelo, ya advirtió críticamente, ORTEGA, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomsom-Civitas, 2005.

7. RECAPITULACIÓN

Como balance, podemos resumir así las claves actuales del reparto competencial de la materia “protección de datos” entre el Estado y las Comunidades Autónomas:

1) Ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía se refirieron al reparto de competencias sobre “protección de datos”.

2) El legislador estatal, al aprobar la LORTAD y posteriormente la LOPD, desarrolló el derecho a la protección de datos y reguló su vertiente objetiva, incluyendo la extensión de la posible competencia ejecutiva de las Agencias autonómicas, limitadas a los ficheros públicos de su ámbito territorial.

3) Este diseño estatal recibió la bendición del Tribunal Constitucional, que consideró que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental cuya regulación corresponde al Estado en virtud de los artículos 81.1 y 149.1.1 de la Constitución, y que, además, y en virtud de este segundo precepto, pareció argumentar que debe (y no tan sólo “puede”) reservarse al Estado la competencia ejecutiva respecto de todos los ficheros privados, lo que probablemente fue un exceso de “constitucionalización” de una decisión en esencia política susceptible de posiciones diversas y alteraciones en el tiempo.

4) Las pocas Comunidades Autónomas que han creado hasta el momento su propia Agencia de Protección de Datos han “acatado” el reparto de competencias previsto en la LOPD, apurando en algún caso de forma excesiva el posible margen de interpretación del concepto de “fichero de las Administraciones Públicas”.

5) Los nuevos Estatutos o los proyectos en tramitación han asumido mayoritariamente competencias sobre protección de datos y se han sentido vinculados por el modelo diseñado por la legislación estatal y ratificado por el Tribunal Constitucional, pero apurando y excediéndose en ocasiones de sus límites y con redacciones distintas que dan un alcance diverso a las competencias ejecutivas de la Agencia española de protección de datos en cada Comunidad Autónoma. Todo ello, combinado con la inexistencia de criterios claros para delimitar los conceptos de fichero público y fichero privado y aplicar, en consecuencia, el régimen jurídico oportuno, y sumado a que un mismo sujeto puede ser responsable de ficheros de ambos tipos y estar, además, bajo el control de dos Agencias diferentes, lleva a un resultado bastante insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la eficacia del Derecho.

6) Ni las leyes autonómicas ni los Estatutos han extendido la competencia de las Autoridades autonómicas de control a la materia de acceso a la información administrativa, de lo que hay ejemplos en el modelo comparado y hubiera sido, a nuestro juicio, muy deseable, máxime cuando su ámbito sustancial de actuación se refiere, precisamente, a ficheros públicos.

La evolución de la jurisprudencia europea en materia de juegos de azar

EUGENIO ARTETXE PALOMAR

Responsable de la Asesoría Jurídica.
Departamento de Interior. Gobierno Vasco

Resumen

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR

Los juegos de azar en Europa están sujetos a restricciones al derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario ha sido examinada por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (siendo las más relevantes las de los casos Gambelli y Placanica). Conforme a dicha jurisprudencia la conformidad con el Derecho Comunitario de dichas restricciones exige que

se cumplan los siguientes presupuestos: a) no ser directa o indirectamente discriminatorias; b) justificarse en un interés general prevalente; c) ser necesarias, idóneas y proporcionadas al fin perseguido. Tal jurisprudencia no implica necesariamente el fin de los monopolios y barreras estatales en el sector del juego, pero sí obliga a reflexionar a los reguladores y jueces nacionales sobre la adecuación del ordenamiento a dichos parámetros jurisprudenciales.

Abstract

THE EVOLUTION OF THE EUROPEAN JURISPRUDENCE IN THE MATTER OF GAMES OF CHANCE

The games of chance in Europe are submitted to restrictions to the establishment right and the freedom of services contribution, whose compatibility with the Community Right has been exam-

ined by diverse sentences of the European Court of Justice (being the most outstanding ones the cases Gambelli and Placanica). According to this jurisprudence the conformity with the Commu-

nity Right of these restrictions demands that the following budgets be fulfilled: a) not to be direct or indirectly discriminatory; b) to be justified in a prevalent general interest; c) to be necessary, suitable and proportionate to the pursued aim.

Such jurisprudence doesn't necessarily imply the end of state monopolies and barriers in the sector of the game, but it obliges to reflect to national regulators and judges on the adequation of the law to these jurisprudential parameters.

Sumario:

I. Los juegos de azar y las restricciones al mercado interior. II. Examen de la jurisprudencia comunitaria.

A) Asunto Schindler C-275/92. Sentencia de 24 de marzo de 1994. B) Asunto Läärrä. C-124/97. Sentencia de 21 de septiembre de 1999.

C) Asunto Zenatti C-67/1998. Sentencia de 21 octubre 1999. D) Asunto Anomar

C-6/01. Sentencia de 25 de mayo de 2000. E) Asunto Gambelli C-243/01. Sentencia

de 11 de septiembre de 2003. F) Asuntos Placanica, Palazzese y Sorrichio (acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04). Sentencia de 6 de marzo de 2007.

G) Asunto Unibet. C-432/05. Sentencia de 13 de marzo de 2007. H) Asunto Comisión vs. Italia. C-260/04. Sentencia de 13 de septiembre de 2007. I) Decisiones de la Corte de la EFTA aplicando la doctrina del TJCE. J) Resumen de la doctrina examinada.

III. Conclusiones extraíbles respecto a la normativa de los juegos de azar vigente en España.

I. LOS JUEGOS DE AZAR Y LAS RESTRICCIONES AL MERCADO INTERIOR

La legislación sobre juegos de azar en los Estados Miembros de la Unión Europea se basa en el principio general de su prohibición, del que se excepcionan determinados juegos, a menudo en régimen de monopolio o concesión, que suponen un medio financiero notable para el Estado o determinados servicios públicos. En otros casos se establecen diversas restricciones o barreras al derecho de establecimiento o la libertad de prestación de servicios previstas en el TCE y que los legisladores nacionales pretenden justificar por razones de orden público, salud pública, protección de los consumidores, especialmente de menores y personas vulnerables, prevención de adicciones patológicas y/o prevención del fraude y la criminalidad.

Frente a esta realidad, ha emergido en los últimos tiempos una revolución en la industria del juego derivada de diversos factores, entre los cuales cabe destacar el cambio en la percepción social y moral de la actividad de juego; las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías al facilitar la comercialización transfronteriza sin requerir establecimientos permanentes, y la liberalización del juego experimentada en determinados países.

Por su parte, la Comisión Europea, en su papel de impulsor del mercado interior, ha lanzado diversas iniciativas a lo largo de estos años para extender dicho mercado interior a los juegos de azar, singularmente mediante la propuesta de Directiva de Servicios. La primera formulación de la propuesta por la Comisión incluía en su ámbito los juegos de azar, aun cuando preveía un régimen transitorio durante el cual no les sería aplicable el principio de país de origen (tal y como entonces estaba formulado). Durante dicho período transitorio se procedería a la armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en lo referente a los juegos de azar. El Parlamento Europeo enmendó la propuesta de la Comisión, excluyendo los juegos de azar del ámbito de aplicación de la nueva Directiva, enmienda que finalmente ha quedado incorporada en la Directiva de Servicios aprobada. Sin embargo, esta exclusión no impide la directa aplicabilidad del Derecho Europeo Primario, y por ello la Comisión, estimulada por la más reciente jurisprudencia comunitaria y por las conclusiones del informe encargado al Instituto Suizo de Derecho Comparado, y ante las presiones de la industria privada del juego, haya optado por abrir expedientes por infracción del Derecho Comunitario contra numerosos Estados Miembros al no justificar debidamente las restricciones impuestas a las libertades comunitarias en sus normativas sobre juegos de azar.

La situación descrita ha derivado en una batalla legal inacabada ante el TJCE y las jurisdicciones nacionales entre la industria privada del juego y los Estados Miembros con monopolios sobre juegos de azar. Los primeros pronunciamientos del TJCE parecían confirmar la pervivencia de los monopolios y barreras estatales en el sector del juego, sin embargo, las matizaciones que se han ido introduciendo progresivamente en las sentencias de los asuntos Zanetti, Gambelli y Placanica, si bien no constituyen necesariamente el desmoronamiento de tales monopolios y barreras, sí obligan a reflexionar tanto a los reguladores, como a los jueces nacionales, sobre la adecuación de aquéllas a los parámetros diseñados en la jurisprudencia comunitaria, singularmente a la hora de justificar la legitimidad de los objetivos perseguidos así como la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de las restricciones a las libertades comunitarias.

II. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Asunto Schindler C-275/92. Sentencia de 24 de marzo de 1994

En el caso se trataba de dilucidar si la legislación inglesa que prohibía la organización y distribución de las grandes loterías interfería en la libre circulación de mercancías, al proscribir las actividades de una empresa extranjera que distribuía en el Reino Unido boletos de lotería de otro país.

Se trata de la primera aproximación del TJCE a la normativa de los juegos de azar, y entre sus aportaciones se encuentra la consideración del juego como una *actividad económica en el sentido del artículo 2 del TCE*, ya que ni el elemento del azar inherente altera que la transacción tenga una naturaleza económica; ni el destino dado a los beneficios altera la naturaleza de la actividad, ni le priva de su carácter económico.

Por otra parte, el TJCE considera que dichas actividades no están regidas ni por las reglas de la libre circulación de mercancías, ni de las del capital o personas, sino por las de la libre prestación de servicios. Conforme al TJCE la importación de billetes de lotería para participar en loterías organizadas en otro Estado Miembro entra dentro del concepto de servicio. La legislación inglesa, al prohibir tal comercialización, es un obstáculo a la libertad de prestación de servicios.

Tal restricción puede ser admisible si se dan determinadas circunstancias previstas en el propio Tratado, relativas a la seguridad pública y la protección del orden social. Para lo cual las autoridades nacionales disponen de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las singularidades socioculturales de cada Estado Miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de las loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. En tales circunstancias, les corresponde determinar no sólo si es necesario restringir las actividades de las loterías, sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias.

B) Asunto Lääre. C-124/97. Sentencia de 21 de septiembre de 1999

Los hechos que originan este fallo judicial derivan de una sanción impuesta a un empresario que distribuía e instalaba máquinas tragaperras extranjeras en Finlandia, donde existe un monopolio estatal sobre la fabricación, distribución y explotación de las máquinas de juego.

El TJCE advierte que la legislación nacional no supone discriminación alguna por razón de la nacionalidad en la medida en que afecta indistintamente a los operadores económicos con independencia de si están establecidos en Finlandia o en otro Estado miembro. No obstante, para el TJCE, otorgar a un único organismo público derechos exclusivos sobre la explotación de máquinas tragaperras supone una restricción para la prestación transfronteriza de servicios de juegos de azar.

En la línea del caso Schindler, estima que dicha restricción podría justificarse en la protección de los consumidores y el mantenimiento del orden social. Valora además que la restricción también pudiera fundamentarse en la exigencia de garantizar que los beneficios de este tipo de servicios pudiesen utilizarse para objetivos de interés público.

A diferencia del caso Schindler, la normativa finlandesa no establecía una total prohibición del juego, sino que regulaba un monopolio. Sin embargo, el TJCE considera que la necesidad y proporcionalidad de las medidas no depende de que éstas difieran del nivel de protección

adoptado por otro Estado. El TJCE considera que cada Estado Miembro puede decidir un nivel de protección más o menos restrictivo, sin que la ausencia de una total prohibición equivalga a que el legislador nacional no pretenda proteger intereses públicos. Por el contrario, una autorización limitada puede servir para confinar la pasión sobre el juego a unos canales controlados y así prevenir el riesgo de fraude o criminalidad en el contexto y derivar el uso de los beneficios obtenidos a objetivos de interés público.

Por ello, no es desproporcionado autorizar exclusivamente a una entidad pública en vez de regular un código de conducta para las empresas privadas. Dados los riesgos de criminalidad y fraude, puede ser más efectiva la licencia a una entidad pública para asegurar el control requerible.

En conclusión, conforme al TJCE, la solución adoptada en Finlandia de conceder a un solo organismo público derechos exclusivos para la explotación de las máquinas de juego y limitar estrictamente el carácter lucrativo de esta actividad, no es, según el Tribunal de Justicia, desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos.

C) Asunto Zenatti C-67/1998. Sentencia de 21 octubre 1999

En este caso la cuestión prejudicial deriva de la prohibición impuesta al señor Zenatti por la Jefatura de Policía de Verona de proseguir su actividad de intermediario en Italia de una sociedad inglesa de apuestas deportivas, actividad que consistía en gestionar un centro de transmisión de datos para los clientes italianos de apuestas relativas a acontecimientos deportivos celebrados en el extranjero.

La normativa italiana sólo preveía la autorización para la recogida de apuestas cuando ésta sea requisito imprescindible para el buen desarrollo de la competición y se hagan sobre el resultado de acontecimientos deportivos controlados por el Comitato Olimpico Nazionale Italiano (“CONI”), o sobre el resultado de las carreras de caballos organizadas por la Unione Nazionale per l’Incremento delle Razze Equine (“UNIRE”), respectivamente. Además los beneficios obtenidos deben favorecer el desarrollo de dichas actividades deportivas y la cría de caballos. Si bien la organización y la recogida de las apuestas reservadas al CONI y a la UNIRE, pueden autorizarse, en régimen de concesión mediante licitación y a cambio del pago de los cánones que sean aplicables, a personas u organismos que ofrezcan las garantías necesarias.

Los anteriores pronunciamientos del TJCE versaban sobre loterías y máquinas de juego, por ello el señor Zenatti argumentaba no ser aplicable la doctrina Schindler, dado que en las apuestas existe en la elección del resultado un componente de habilidad que no se da en los otros juegos. Sin embargo, el TJCE considera que la doctrina anteriormente expuesta es de aplicación al caso.

El TJCE considera que la legislación italiana implica un obstáculo a la libre circulación de servicios, al impedir a los operadores de otros Estados miembros, directa o indirectamente, proceder ellos mismos a la recogida de apuestas en el territorio italiano. Sin embargo, al igual

que en los casos precedentes, considera que puede justificarse la restricción por las mismas razones expuestas en la jurisprudencia precedente, en virtud de las excepciones expresamente previstas en el Tratado o justificada, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por razones imperiosas de interés general.

En cuanto a la proporcionalidad de las medidas, el TJCE recuerda que los Estados Miembros tienen un margen de apreciación discrecional y que ni las diferencias de los sistemas de protección entre Estados, ni el hecho de que no exista una prohibición total, afectan a la proporcionalidad. La autorización limitada sobre la base de derechos exclusivos a ciertas entidades puede ser conforme a los objetivos pretendidos si posibilita una disminución del juego y su encauzamiento a canales controlados (el fin de no estimular la demanda, prevenir y controlar los fraudes puede perseguirse mediante una política restrictiva pero no prohibitiva).

No obstante, prosigue, “una limitación de este tipo sólo es admisible si responde efectivamente al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y si la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo constituye un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida”.

En consecuencia, las disposiciones del TCE relativas a la libre prestación de servicios no se oponen a que una legislación nacional reserve a ciertos organismos el derecho de recoger apuestas sobre los acontecimientos deportivos, si dicha legislación se halla efectivamente justificada por objetivos de política social dirigidos a limitar los efectos nocivos de dichas actividades y si las restricciones que impone no son desproporcionadas en relación con dichos objetivos.

El TJCE no entra a analizar si la legislación italiana cumple dicho test de proporcionalidad, sino que reenvía tal operación al juez nacional atendiendo a los criterios expuestos en el fallo a la cuestión prejudicial.

D) Asunto Anomar C-6/01. Sentencia de 25 de mayo de 2000

La cuestión en el caso Anomar se plantea prejudicialmente por un tribunal portugués en relación con la compatibilidad del derecho de ese país con el Derecho Comunitario en referencia a las limitaciones que impone a la actividad de explotación de juegos de azar a las salas de los casinos existentes en las zonas de juego creadas por Decreto-Ley.

La normativa portuguesa somete el ejercicio y la práctica de los juegos de azar a una doble limitación: a) el derecho a explotar dichos juegos está reservado al Estado y sólo podrá ejercerse por empresas constituidas bajo la forma jurídica de sociedades de capital, previa celebración con el Estado de un contrato administrativo de concesión mediante licitación pública, y b) la explotación y la práctica sólo pueden realizarse en lugares autorizados y, en particular, en áreas de juego permanentes o temporales delimitadas legalmente, así como, casos excepcionales y previa autorización ministerial, en barcos, aviones, salas reservadas al juego del bingo y con motivo de manifestaciones de gran interés turístico.

A juicio del TJCE no se aprecia discriminación por razón de la nacionalidad; pero sí una restricción a la libertad de prestación de servicios, que podría justificarse por razones de orden público y prevención del fraude. En el juicio sobre la proporcionalidad de las medidas no debe considerarse el que otros Estados Miembros dispongan de leyes menos restrictivas, dado que la fijación del nivel de protección presenta un margen de discreción estatal, pudiendo optar por la prohibición total o parcial de determinados juegos. La proporcionalidad de las medidas restrictivas debe examinarse a la luz de los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales y el nivel de protección que pretenden asegurar.

E) Asunto Gambelli C-243/01. Sentencia de 11 de septiembre de 2003¹

La cuestión prejudicial se plantea por el juez nacional al enjuiciar penalmente a un ciudadano italiano por colaborar con una empresa de apuestas afincada legalmente en Inglaterra en la recogida de apuestas organizadas por ésta. Se trata de un asunto similar en su presupuesto de hecho al caso Zenatti, sin embargo, el TJCE, sin variar su doctrina anterior, desarrolla en detalle unas pautas interpretativas para que el juez nacional evalúe la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la normativa italiana.

El TJCE se reafirma en que las actividades de juegos de azar son actividades económicas a efectos del Tratado y en que deben encuadrarse entre las prestaciones de servicios, si bien no descarta la afectación de otros ámbitos, como el derecho de establecimiento. De hecho el abogado general Sr. Alber propugnaba dirimir la cuestión con relación al derecho de establecimiento, antes que con la residual libre prestación de servicios. El TJCE, como en su última jurisprudencia, no contempló con carácter excluyente ambas libertades.

A continuación, la sentencia detecta ciertas cortapisas al libre establecimiento en los requisitos exigidos en la formativa para participar en las licitaciones de las concesiones para abrir agencias de apuestas, como la exclusión de algunas formas societarias. Y califica de trabas a los servicios las impuestas a los prestadores y a los ciudadanos para participar en los juegos de apuestas organizados en otros países de la Comunidad bajo el rigor de sanción penal.

El TJCE admite como justificación “la protección de los consumidores”, “la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juegos”, así como “la necesidad de soslayar perturbaciones en el orden social”. Sin embargo, no acepta como justificación por razones imperiosas de interés general la disminución de los ingresos fiscales, ni la financiación de las actuaciones sociales mediante un gravamen sobre la recaudación. Aunque entiende que dicha financiación puede “constituir un beneficio accesorio”.

Recuerda que las medidas deben ser adecuadas para garantizar la realidad de la finalidad propuesta, no exceder de lo imprescindible para alcanzar tal objetivo y aplicarse de modo no discriminatorio.

(1) Poco después se dicta la Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2003, caso Lindman, As. C-42/02, que trata del caso de una ciudadana finlandesa ganadora de un premio en la lotería sueca a la que la Hacienda de su país obligaba a su tributación en el impuesto sobre la renta, cuando la normativa finlandesa declaraba exentos los premios de sorteos de lotería organizados en Finlandia. El TJCE consideró que se trataba de una discriminación contraria a la libre prestación de servicios.

El TJCE no concluye si la legislación italiana es compatible o no con el Derecho comunitario, ya que deriva tal decisión al juez nacional, considerándole más apto para apreciar si concurren dichas justificaciones y el principio de proporcionalidad en el supuesto litigioso. No obstante, el TJCE ofrece al juez nacional ciertos parámetros interpretativos:

- a) Las trabas deben respaldarse en razones imperiosas de interés general, como “la protección de los consumidores”, “la prevención del fraude”, la disuasión del “gasto excesivo en juegos” o la elusión de “perturbaciones en el orden social”, siempre que contribuyan a “limitar las actividades de apuesta de modo coherente y sistemático”, por lo que, cuando un Estado mantiene una política de fuerte expansión de las apuestas, con objeto de lograr ventajas económicas, no está legitimado “para invocar como razón de orden público la necesidad de reducir las oportunidades de juego” (apartados 68 y 69);
- b) Las trabas deben aplicarse de igual modo y con idénticos criterios a todos los operadores comunitarios, vulnerándose el principio de no discriminación si los nacionales pueden cumplirlos más fácilmente;
- c) Las medidas no deben sobrepasar lo indispensable para alcanzar el propósito perseguido. La proporcionalidad ha de respetarse en las sanciones a las personas que efectúan las apuestas y a los mediadores que facilitan la prestación de servicios por cuenta de un corredor establecido en otro Estado Miembro, así como en las posibilidades de que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados Miembros obtengan concesiones para la gestión de los juegos (apartado 74).

Aunque el caso Gambelli no hacía sino extraer las consecuencias previsibles de la jurisprudencia anterior, y pese a que no se pronunciaba directamente sobre la incompatibilidad de la normativa italiana al Derecho Comunitario, su exégesis hizo presentir a la industria privada del juego que se estaba a las puertas del desmoronamiento de las barreras y restricciones con las que chocaban para introducir sus productos en los distintos Estados. En cambio, los monopolios estatales interpretaban que dicha jurisprudencia reforzaba sus posiciones, dado que no los declaraba ilegítimos. Mientras las autoridades nacionales se esforzaban en establecer medidas de contención frente a la expansión del juego, principalmente por internet con medidas cautelares y punitivas, algunas jurisdicciones nacionales bien confirmaban la compatibilidad de las legislaciones respectivas con el Derecho Comunitario (por ejemplo, en Italia la decisión de la Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite núm. 23271/04), en otros países se consideraba que la política sobre los juegos de azar no resultaba coherente con los objetivos perseguidos y no cumplía los parámetros de la doctrina Gambelli (por ejemplo, en Alemania la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 28 de marzo de 2006 (Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1054/01).

En este contexto, pese a que la doctrina jurisprudencial del TJCE ya contenía pautas suficientemente expresivas como para que los jueces nacionales se pronunciasen, se han producido nuevos reenvíos al TJCE. Buena parte de dichos reenvíos procede de jueces italianos que seguían viéndose obligados a fallar sobre la compatibilidad de una normativa que sanciona

penalmente la intermediación en la recogida de apuestas para empresas con sede en otros Estados Miembros. Así, los tribunales de Larino (caso Placanica) y de Teramo (casos Sorricchio e Palazzese) presentaron sendas cuestiones prejudiciales ante el TJCE (asuntos C-338/04, C-359/04 y C-360/04), que han dado lugar a la sentencia que luego se analizará. Pero también se han elevado por tribunales italianos otras cuestiones prejudiciales pendientes de la decisión del TJCE, como los asuntos C-395/05, D'Antonio y otros; C-397/05, Di Maggio y Buccola y C-466/05, Damonte. Al margen de los casos italianos también está pendiente el asunto C-42/07 (Liga profesional de fútbol portuguesa vs Santa Casa da Misericórdia); el asunto C-409/06, Winner Wetten GmbH v Mayor of Bergheim); el asunto C-525/06, Nationale Loterij vs BVBA Customer Service Agency), etc.

Estos nuevos reenvíos se explican por la dificultad intrínseca del examen del test de proporcionalidad impuesto por la jurisprudencia comunitaria, pero también en parte por la prudencia empleada por el TJCE al derivar tal pronunciamiento a los jueces nacionales cuando en algún caso podía haber contado con criterio suficiente para pronunciarse por sí mismo. En cualquier caso, la naturaleza de la cuestión prejudicial es unificar la interpretación del Derecho Comunitario orientando a los jueces nacionales y no sustituyéndolos.

F) Asuntos Placanica, Palazzese y Sorricchio (acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04).

Sentencia de 6 de marzo de 2007

Como decíamos, la doctrina Gambelli no impidió que nuevamente los tribunales italianos presentaran nuevas cuestiones prejudiciales, en las que se planteaba la compatibilidad de la norma italiana aplicable con los principios enunciados en los artículos 43 y siguientes y 49 del Tratado CE en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios transfronterizos a la luz de las divergencias interpretativas entre la doctrina Gambelli del TJCE y la decisión de la Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite núm. 23271/04, que expresamente consideraba compatible la norma nacional con el Derecho comunitario.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de Larino (caso Placanica) y de Teramo (casos Sorricchio e Palazzese) (asuntos C-338/04, C-359/04 y C-360/04) se plantean a raíz del enjuiciamiento penal y medidas cautelares adoptadas por las autoridades italianas contra varios intermediarios italianos que recogían apuestas para una empresa de apuestas legalmente autorizada en el Reino Unido.

Hay que contextualizar el objeto del proceso en el tiempo. En 1998 se convocaron licitaciones para adjudicar concesiones para la gestión de apuestas y se prorrogaron automáticamente otras ya existentes. La normativa entonces vigente contenía disposiciones relativas a la transparencia del accionariado que implicaban la exclusión de las sociedades operadoras que cotizaran en mercados regulados, lo cual impedía que empresas como aquella para la que operaban los intermediarios citados pudieran legalizar su situación en Italia. Los intermediarios italianos solicitaron autorización gubernativa para su actividad, sin que obtuvieran respuesta.

Dicha normativa fue modificada a posteriori, habiendo desaparecido en las futuras concesiones el requisito de que las empresas tuvieran determinadas formas jurídicas; sin em-

bargo, ello no ha permitido que las empresas de apuestas que no pudieron ser autorizadas conforme a la anterior normativa hayan tenido la oportunidad de concurrir en nuevas licitaciones, mientras que se ha mantenido la vigencia de las concesiones anteriormente otorgadas.

Los jueces italianos que elevan la cuestión prejudicial preguntan si es compatible con las libertades comunitarias un régimen temporal que permite adjudicar concesiones a operadores por un período de seis a doce años, con arreglo a un régimen jurídico que excluye de la licitación a algunos competidores; y pese a modificarse tal normativa para tolerar que en el futuro también concurren a la licitación los operadores descartados, no se revocaron las concesiones otorgadas en virtud del régimen jurídico precedente y sin embargo se siguió persiguiendo penalmente a los colaboradores de empresas autorizadas en su país de origen que habían sido apartados de la licitación, precisamente como consecuencia de las restricciones previstas por la regulación anterior suprimidas.

La Corte Suprema di Cassazione, en Sentencia núm. 111/2004, de 26 de abril (asunto Gesualdi), llegó a la conclusión de que la citada normativa no es contraria a los artículos 43 y 49 TCE, al entender que las restricciones que imponía se justificaban en el objetivo de encauzar las actividades de juegos de azar en circuitos controlables con el fin de impedir la explotación de tales actividades con intenciones delictivas, y no resultaban discriminatorias puesto que no tenían como objeto excluir sólo a las sociedades de capital extranjeras cuyos accionistas no puedan ser identificados con precisión, sino también a todas las sociedades de capital italianas cuyos accionistas no pudieran ser identificados del mismo modo.

Los jueces nacionales que promueven estas cuestiones prejudiciales manifiestan un criterio discrepante con la conclusión a la que llegó la sentencia Gesualdi al preguntarse si los objetivos de orden público invocados por la Corte Suprema di Cassazione permiten justificar las restricciones controvertidas, pues recelan de que la regulación estatal pretenda el control del orden público, ni que evite discriminar a los operadores de otros Estados Miembros. El núcleo del dilema es, en consecuencia, la divergencia que, a juicio de los tribunales de Larino y Teramo, pudiera existir entre la doctrina del TJCE y la argumentación de la Corte Suprema di Cassazione.

El TJCE admite a trámite la cuestión prejudicial, pese a los alegatos de diversos Estados Miembros sosteniendo su inadmisibilidad de la demanda (Alemania, España, Francia, Portugal y Finlandia), recordando que no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición de Derecho interno con el Derecho comunitario, sino proporcionar al juez nacional elementos de interpretación relativos al Derecho comunitario que le permitan pronunciarse sobre la compatibilidad con éste del Derecho interno.

Estima que prohibir bajo sanción penal la organización o gestión de juegos de azar sin concesión o autorización del Estado Miembro supone una restricción a la libre prestación de servicios y un obstáculo a la libertad de establecimiento de sociedades con domicilio social en otro Estado miembro a través de intermediarios.

Repasa las razones imperiosas de interés general que pueden justificar legítimamente tales restricciones, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general,... y recuerda que las autoridades nacionales disponen de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social y, en consecuencia, para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y definir el grado de protección perseguido.

Sin embargo, las restricciones que impongan deben ser examinadas conforme al principio de proporcionalidad, para lo cual es preciso un examen individual de cada una de las restricciones impuestas, con el fin de determinar si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo o de los objetivos invocados y si no van más allá de lo necesario para alcanzarlos. En todo caso, tales restricciones deben aplicarse de modo no discriminatorio.

Atendiendo a dichos criterios, el TJCE entra a examinar si la exigencia de una concesión para organizar juegos de azar los cumple.

El objetivo de reducir las oportunidades de juego puede justificar restricciones semejantes, pero siempre que respondan al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y de limitar las actividades en este ámbito de manera coherente y sistemática (apartado 53). Constata el TJCE que la jurisprudencia de la Corte Suprema di Cassazione entiende que no cabe invocar los objetivos de limitación de la propensión al juego de los consumidores o de reducción de la oferta de juegos para justificar la normativa italiana, a la vista de la política de expansión de los juegos seguida con objeto de aumentar los ingresos fiscales (apartado 54).

El objetivo de luchar contra la criminalidad sometiendo a control a los operadores que desarrollan su actividad en este sector y encauzando las actividades de juegos de azar en circuitos controlados es el que, tanto la Corte Suprema di Cassazione como el Gobierno italiano, identifican como finalidad real de su normativa. El TJCE considera que dicho objetivo puede ser coherente con una política de expansión controlada en el sector de los juegos de azar, ofertando una amplia gama de juegos y una promoción de una determinada magnitud como alternativa a la explotación de juegos con fines delictivos y fraudulentos y para encauzar el juego en circuitos controlados (apartado 55).

El TJCE no entra, sin embargo, a determinar si el número de operadores permitido responde verdaderamente al citado objetivo y si es una medida proporcionada, decisión que traslada a los órganos jurisdiccionales remitentes.

Por otro lado, en referencia al procedimiento de licitación, el TJCE advierte que, pese a las modificaciones legislativas que permiten desde 2002 la adjudicación de concesiones con independencia de la forma jurídica, lo cierto es que la normativa restrictiva anterior, en tanto que no existen nuevas licitaciones, puede llegar a extender sus efectos hasta 2011. La jurisprudencia del TJCE ya había llegado a la conclusión de que la exclusión de las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados resulta una restricción que excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar que los operadores que actúan en el sector de los juegos de

azar se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas, ya que existen otros medios para controlar las cuentas y las actividades de los operadores del sector de los juegos de azar menos restrictivos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, como recopilar información sobre sus representantes o sus principales accionistas. A pesar de las modificaciones legislativas los efectos de la exclusión de las sociedades cotizadas en mercados regulados subsisten, por lo que las autoridades nacionales habrían de arbitrar soluciones apropiadas como la revocación y la redistribución de las concesiones anteriores como la convocatoria de licitaciones para adjudicar un número adecuado de nuevas concesiones. Y, en cualquier caso, lo que a juicio del TJCE no cabe es que se pueda sancionar por no ser titulares de una concesión a los operadores que fueron excluidos ilícitamente de la posibilidad de concurrir en la última licitación (apartado 63).

La exigencia de una autorización de policía contribuye al objetivo de evitar que tales operadores se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas y es una medida totalmente proporcionada a dicho objetivo (apartado 65). Sin embargo, considera el TJCE que “no cabe censurar la falta de autorización de policía a quienes, como los imputados en los litigios principales, no han podido obtener dichas autorizaciones debido a que su expedición presuponía la adjudicación de una concesión de la que, en contra del Derecho comunitario, no podían beneficiarse” (apartados 66 y 67).

Sobre las sanciones penales estima el TJCE que la legislación penal estatal no puede restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario, y un Estado Miembro no puede aplicar una sanción penal por no cumplir una formalidad administrativa cuando el Estado miembro de que se trate deniegue o haga imposible el cumplimiento de dicha formalidad infringiendo de ese modo el Derecho comunitario (apartados 68 y 69), como ha sucedido en el caso que nos ocupa respecto a los gestores vinculados a una empresa establecida en otro Estado miembro, que no habían podido obtener las citadas concesiones o autorizaciones debido a que el Estado miembro, infringiendo el Derecho comunitario, se haya negado a concedérselas.

G) Asunto Unibet. C-432/05. Sentencia de 13 de marzo de 2007

Pocos días después de la decisión del asunto Placanica, el TJCE se pronuncia en el caso Unibet, una empresa de apuestas establecida legalmente en Reino Unido y Malta, que promocionaba en los medios de comunicación suecos sus servicios de apuestas por Internet, lo cual contravenía la Ley de Loterías sueca, al tratarse de un juego no autorizado y podía ser sancionable administrativa y penalmente. El Estado sueco adoptó varias medidas, como órdenes conminatorias y la incoación de procesos penales contra los medios de comunicación que habían accedido a vender espacios publicitarios a Unibet. Unibet, por su parte, acudió a los tribunales suecos demandando que se declarase su derecho de promocionar sus juegos y apuestas en Suecia en virtud del artículo 49 TCE, así como solicitando indemnización por los impedimentos impuestos a su promoción y que, como medida cautelar, se declaren inaplicables la prohibición y las medidas y sanciones aparejadas.

La cuestión que se somete al TJCE es una cuestión adjetiva o procesal y no la compatibilidad de la ley de loterías sueca con el Derecho Europeo. Los tribunales suecos entendieron que en el Derecho sueco no cabía una acción declarativa autónoma para que se declarase, con carácter principal, que una disposición nacional no es conforme con el Derecho comunitario, y lo que plantean al TJCE es cómo interpretar tal cuestión desde la perspectiva del principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares.

La respuesta del TJCE es que el principio de tutela judicial efectiva no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE, cuando otros cauces procesales efectivos, que no sean menos favorables que los relativos a las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo este que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional.

Dicho principio de tutela judicial efectiva exige que se puedan acordar medidas cautelares cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos. En caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta el pronunciamiento jurisdiccional se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos.

H) Asunto Comisión vs. Italia. C-260/04. Sentencia de 13 de septiembre de 2007

Se trata de un recurso por incumplimiento del Derecho Comunitario por violar el principio general de transparencia así como la obligación de publicidad que derivan de los artículos 43 y 49 CE, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen de cualquier procedimiento de licitación.

Originariamente la Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (UNIRE) tenía reservada la organización de las apuestas hípcas, directamente o por medio de terceros. En 1996 una reforma legal se las atribuye a los Ministerios de Hacienda y de Agricultura, que podían gestionarlos directamente o a través de otros designados por ellos. La concesión de la gestión de apuestas mediante licitaciones públicas se regulará por Decreto núm. 169/1998, que establece una prórroga de las concesiones otorgadas por la UNIRE hasta finales de dicho año o si no se convocase una nueva concesión hasta finales del año siguiente. Un Decreto ministerial de 7 de abril de 1999 aumentó el número de centros de recogida de apuestas, previendo 671 nuevas concesiones mediante un procedimiento de licitación, mientras que posteriormente por decisión del Ministerio de Hacienda se renovaban las 329 “antiguas concesiones” de la UNIRE por un período de seis años.

Ello motivó una denuncia de un operador privado de apuestas hípcas ante la Comisión, que dio origen a los requerimientos oportunos. El Gobierno italiano respondió anunciando ciertas reformas, introducidas en 2002. Dicha reforma estipulaba que las antiguas concesiones serían objeto de nueva adjudicación por procedimiento de licitación cuando expirase su vigencia. Un Decreto-ley de 2003, aduciendo la crisis financiera en el sector de las apuestas, permitió adoptar la Decisión núm. 107/2003, de 14 de octubre de 2003, que prorrogó las concesiones ya otorgadas con objeto de proceder a la determinación de los importes que habían de pagar los concesionarios hasta la fecha de vencimiento del último pago fijado en 30 de octubre de 2011, o hasta la fecha en la que las nuevas concesiones fueran adjudicadas mediante licitación.

La Comisión consideraba que al renovar, sin procedimiento de licitación, las 329 concesiones de la UNIRE se incumplían los principios de no discriminación y de transparencia para garantizar una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

El TJCE advierte en su sentencia que no puede tomar en consideración los cambios normativos introducidos en la normativa italiana en 2003, posteriores a la expiración del plazo señalado en el dictamen motivado de la Comisión.

El TJCE considera pacífica entre las partes la concepción de las adjudicaciones como concesión de servicio público (calificación que ya se contiene en la sentencia del asunto Placanica). Aunque tales concesiones están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, ello no obsta para considerar que las autoridades públicas deben respetar en tales concesiones las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, que implican una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. La transparencia exige una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

A la luz de tal doctrina, advierte el TJCE que en el caso la renovación automática con ausencia absoluta de licitación para adjudicar las concesiones no se ajusta a los artículos 43 y 49 CE y, en particular, viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado.

A continuación, el TJCE examina si omisión de los principios de transparencia y publicidad puede justificarse con arreglo a las excepciones expresamente previstas por los artículos 45 y 46 CE o por razones imperiosas de interés general, entendidas en el sentido de las precedentes sentencias ya examinadas (Gambelli, Placanica, etc.) Así, se pregunta el TJCE si la renovación de las concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo.

El TJCE recuerda que las autoridades nacionales corren con la carga de la prueba tanto de la justificación de las excepciones previstas en los artículos 45 y 46 CE o del interés general y de que su normativa es conforme al principio de proporcionalidad. El Gobierno italiano invocó como razón de la renovación automática la necesidad de desincentivar el desarrollo de apuestas clandestinas. Pero no justificó de qué modo tal renovación automática podría suponer un obstáculo al desarrollo de apuestas clandestinas. Igualmente invocó motivos de naturaleza económica como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, motivos que conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad comunitaria.

Por todo ello, el TJCE estima que la renovación sin licitación de las antiguas concesiones de la UNIRE no es adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípcas participen en actividades delictivas o fraudulentas. Y, en consecuencia, falla el TJCE declarando que Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado.

I) Decisiones de la Corte de la EFTA aplicando la doctrina del TJCE

La Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) es una organización económica creada el 4 de enero de 1960 por la Convención de Estocolmo, a la que en la actualidad pertenecen Noruega, Liechtenstein, Islandia y Suiza, dado que el resto de los miembros originarios ha pasado a formar parte de la Unión Europea. En 1994 se creó su Tribunal, con sede en Luxemburgo, encargado de garantizar el respeto del Derecho del Espacio Económico Europeo.

En el año 2007 dicho Tribunal se ha pronunciado en dos ocasiones sobre cuestiones relativas a la compatibilidad de la normativa noruega sobre juegos de azar con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, para lo cual ha asumido el acervo doctrinal del TJCE ya expuesto.

La primera decisión de la Corte de la EFTA a examen data de 16 de marzo de 2007 (Asunto E-1/06) (Autoridad de vigilancia de la EFTA vs Noruega): La Autoridad de vigilancia de la EFTA consideraba que el monopolio estatal de las máquinas de juego contravenía las libertades de establecimiento y prestación de servicios, ya que la política sobre el juego noruega no era coherente y sistemática con el logro del objetivo de la disminución del juego y las adicciones, sino que, por el contrario, estimulaba al juego mediante un *marketing* intenso. Además sostenía que el monopolio era una medida desproporcionada, dado que otras medidas menos restrictivas podían proporcionar mejores resultados para la protección de los consumidores y reducir el problema del juego.

La Corte de la EFTA asume que el monopolio implica una restricción no discriminatoria, entendiendo que su verdadera justificación no sería tanto financiera como el ánimo de reducir el riesgo de la adicción al juego, la criminalidad y las malas prácticas.

En lo que atañe a la proporcionalidad y adecuación de las medidas a los fines perseguidos, la Corte de la EFTA asume que la política sobre el juego debe ser consistente con los objetivos perseguidos, no resultando coherente adoptar, facilitar o tolerar medidas tales como un *marketing* extensivo que incrementase las oportunidades del juego si se persigue precisamente reducirlas. El examen de dicha consistencia debe realizarse atendiendo a las concretas formas de juego y a su impacto, y así advierte que el incremento de la adicción al juego en Noruega ha venido de la mano del incremento de las máquinas de juego, la forma potencialmente más adictiva de juego de azar. Por ello, considera que, al margen del *marketing* empleado en otras formas de juego, su análisis debe centrarse en esta modalidad y observa que la normativa es muy restrictiva, no previendo más *marketing* que su propia presencia en los locales autorizados, lo cual permite a la Corte de la EFTA concluir que la normativa noruega es adecuada a los fines de reducir la adicción al juego.

En referencia a la necesidad de la medida, la Corte de la EFTA considera que el test de necesidad requiere que la introducción del monopolio conduzca a un logro más efectivo de los objetivos perseguidos que los que se lograran con otras medidas menos restrictivas. No deduce que la reducción de la criminalidad y las malas prácticas puedan lograrse más efectivamente con el monopolio que con un sistema de licencias o autorizaciones a operadores privados; sin embargo, considera que es razonable asumir que un monopolista estatal de las máquinas de juego sujeto a efectivo control por las autoridades competentes tenderá a ajustarse a los designios de la lucha contra la adicción al juego mejor que un operador comercial o que organizaciones cuyas actividades benéficas deban ser costeadas parcialmente por los beneficios obtenidos con las máquinas de juego. Igualmente es plausible, observa, que el Estado pueda controlar más fácilmente la actividad de un único operador público que la de operadores privados a través de su papel como propietario.

En consecuencia, la Corte de la EFTA concluye que, dado que la reforma legislativa no ha desplegado sus efectos, no puede presumir que su ejecución no satisfaga dichos requerimientos de necesidad y proporcionalidad.

Pocos meses después, se dicta la *Decisión de la Corte de la EFTA de 30 de mayo de 2007 (Asunto E-3/06) (Ladbrokes vs Noruega)* en una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de distrito de Oslo, dentro de un proceso sostenido entre la empresa inglesa de apuestas Ladbrokes y las autoridades noruegas competentes en materia de juegos de azar, que le habían denegado autorización para abrir establecimientos en Noruega y ofertar sus juegos *on-line* a través de su página web.

La Corte de la EFTA reitera sus planteamientos respecto a la existencia de restricciones a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, y a los objetivos que pudieran justificarlas. Así, considera que la financiación de actividades de interés público o la financiación de la cría caballar (razones alegadas por las autoridades noruegas) no pueden constituir una justificación legítima de las restricciones, aunque dicha financiación pueda ser un logro accesorio. Sí entiende que el objetivo de prevenir que el juego sea una fuente de beneficio privado por razones de moralidad pueda llegar a justificar las restricciones impuestas, pero siempre que las medidas restrictivas reflejen tal objetivo moral, lo que no

sucede si mantiene un monopolio al que permite ofertar una amplia variedad de oportunidades de juego.

El test de proporcionalidad de las medidas restrictivas a los objetivos perseguidos requiere que tales medidas sean adecuadas a dichos fines, lo que requiere que la política estatal sea consistente y sistemática, para lo cual es relevante el examen de la comercialización de los juegos adictivos. Al respecto afirma que cabría una expansión limitada de la oferta de juego y su promoción para encauzar la pasión por el juego en canales lícitos y controlados.

La necesidad de las medidas debe ser analizada por el juez nacional en relación con cada objetivo legítimo, diferenciando además entre las distintas formas de juego, dependiendo de su poder adictivo y en función del nivel de protección escogido por cada Estado. Deben examinarse las oportunidades de juego y el desarrollo y *marketing* de los juegos. En cuanto al *marketing* debe analizarse el volumen de gasto, los grupos a los que se dirige, su naturaleza informativa o evocativa, etc.

Una medida restrictiva no superará el test de su necesidad si los fines perseguidos pueden lograrse con medidas menos restrictivas. El juez nacional debe evaluar si el monopolista estatal tiene menores incentivos económicos en transgredir la normativa aplicable o menos interés en un *marketing* agresivo que operadores privados legalmente autorizados, y si el mismo tipo de control efectivo ejercido sobre el monopolista no puede ser ejercido sobre empresas de juego legalmente autorizadas.

En conclusión, la Corte de la EFTA estima que una normativa que establezca que ciertos juegos deban ser ofertados en régimen de monopolio por una empresa estatal que dedica sus beneficios a actividades culturales o deportivas no tiene por qué ser contraria a las libertades de establecimiento y prestación de servicios, si persigue objetivos legítimos como luchar contra la adicción y mantener el orden público de un modo adecuado y consistente y la legislación no va más lejos de lo necesario para lograr dichos objetivos.

Si se cumple con las precitadas condiciones, el Estado tiene derecho a prohibir el ofrecimiento de juegos de azar por empresas autorizadas en su Estado de origen. E incluso, caso de que el juez nacional entendiese que no están justificadas tales restricciones, las autoridades nacionales podrían requerir a los operadores extranjeros la obtención de una autorización nacional en consideración a las posibles diferencias en los niveles de protección entre los Estados. Sin embargo, dichas medidas nacionales no deberán ser excesivas en relación a los objetivos pretendidos, no habrán de ser discriminatorias y deberán tener en consideración los requisitos ya cumplidos por el proveedor de los servicios para ejercer tales actividades en su Estado de origen.

J) Resumen de la doctrina examinada

Podemos sintetizar las exigencias de la jurisprudencia comunitaria en relación a las restricciones a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en materia de juegos de azar de la siguiente manera:

No han de tratarse de medidas discriminatorias. Las trabas deben aplicarse de igual modo y con idénticos criterios a todos los operadores comunitarios, vulnerándose el principio de no discriminación si los nacionales pueden cumplir los requisitos impuestos más fácilmente.

Las trabas o restricciones deben justificarse en un interés general prevalente. Pudiendo serlo el mantenimiento del orden publico; la prevención del fraude o de actividades criminales; limitar la explotación de la pasión humana por el juego; prevenir daños individuales y sociales; desincentivar el consumo de actividades de juego; mantener el orden social; proteger aspectos morales y culturales; prevenir que el juego sea una fuente de beneficio privado, etc. No son justificaciones válidas la necesidad de financiar actividades sociales (sólo puede ser una consecuencia incidental y no el fin) o la necesidad de evitar una disminución de ingresos públicos. Por otra parte, no basta alegar formalmente una justificación, sino que debe basarse en una razón real y reconocible, soportada en evidencias estadísticas u otras, que refleje el deseo de una real disminución de las oportunidades de juego. Por el contrario, la promoción intensiva de los juegos públicos desbarata la pretensión de justificación de las restricciones.

Las medidas restrictivas deben ser necesarias, idóneas y proporcionadas al fin perseguido. No basta la mera invocación del fin, sino que debe acompañarse de un análisis de la idoneidad y necesidad de las medidas restrictivas. Este test de razonabilidad debe considerarse en función de los objetivos perseguidos y no de la comparación entre el nivel de protección y los medios empleados para lograrlo en cada estado miembro, dado que cada estado dispone de un margen de discreción al respecto. No obstante, el examen de la proporcionalidad debe ser más estricto cuando el prestador está sujeto a un sistema estricto de regulación y control en el Estado Miembro donde está establecido. Un dato de interés para examinar la proporcionalidad puede ser la proporcionalidad entre los habitantes de un país y el número de operadores permisible, por ejemplo. Las medidas no deben sobrepasar lo indispensable para alcanzar el propósito perseguido. La proporcionalidad implica igualmente que la medida escogida es la menos restrictiva para alcanzar el objetivo perseguido con igual fiabilidad; lo cual implica el examen de las medidas alternativas menos restrictivas (como, por ejemplo, sería el reconocimiento de autorizaciones de otros países).

III. CONCLUSIONES EXTRAÍBLES RESPECTO A LA NORMATIVA DE LOS JUEGOS DE AZAR VIGENTE EN ESPAÑA

En España las competencias sobre los juegos de azar residen en las Comunidades Autónomas, si bien con ciertas matizaciones según cada Estatuto de Autonomía, dado que usualmente se ha reservado el Estado lo referente a las apuestas mutuas deportivo-benéficas, y el Tribunal Constitucional ha considerado que el título relativo a la Hacienda Pública habilita al Estado para explotar un monopolio fiscal en las loterías y otros juegos de azar estatales. El Estado gestiona su monopolio a través de una entidad empresarial llamada Loterías y Apuestas del Estado (LAE), adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda. Además autoriza los juegos de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE). No existe un procedimiento para autorizar juegos de ámbito estatal a entes privados, y la legislación castiga con sanciones administrativas y, en

algún caso penales, la organización, explotación, comercialización y promoción publicitaria de juegos no autorizados.

Por su parte, la normativa de las Comunidades Autónomas, aunque diversa, tiene en común que permite un mercado regulado de operadores privados, si bien normalmente sujeto a fuertes restricciones y controles, como la imposición de un régimen de concesiones o autorizaciones limitadas u otras restricciones tanto a la participación societaria, a los lugares de juego, etc.

A la vista de la doctrina precedente podemos examinar las restricciones impuestas a las libertades comunitarias en la normativa española:

En referencia a la fiscalidad de las ganancias del juego, el artículo 7.ñ) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que exime exclusivamente los premios obtenidos en juegos organizados por el monopolio estatal de loterías y apuestas, y no los premios de otras loterías de otros Estados, implica una discriminación en virtud del origen del premio por razón de la nacionalidad del prestador de servicios. Por tal razón la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento por infracción del Derecho Comunitario contra España, que el precedente del asunto Lindman (Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2003, C-42/02) parece augurar que puede prosperar.

En cuanto a los juegos estatales gestionados por el LAE y la ONCE, se advierte la subsistencia de medidas de carácter discriminatorio por razón de la nacionalidad, como en el caso de los administradores de loterías, concesionarios privados encargados de comercializar los productos del LAE, que conforme al Real Decreto 1082/1985, de 11 de junio, deben tener nacionalidad española. Igualmente podría resultar incompatible con el Derecho Comunitario la total discrecionalidad del LAE y el Ministerio de Economía y Hacienda a la hora de autorizar a otros la organización de juegos de ámbito superior a una Comunidad Autónoma, dado que no existe un régimen ni un procedimiento para ello.

Por otro lado, no existe una justificación formal y coherente para sustentar los derechos exclusivos de LAE y la ONCE, al margen del interés por obtener ingresos públicos destinados al Tesoro Público o a financiar determinados servicios sociales. Es más, las normas que han aprobado los últimos juegos autorizados, como la lotería instantánea o la comercialización de sus juegos por internet se pretenden justificar atendiendo a “intereses comerciales” y a la competencia que ejercerían otros juegos europeos al eliminarse barreras al derecho de establecimiento. Ni entre las funciones del LAE, ni en su organización y dependencia funcional, se advierte que el logro de tales objetivos sea preferente o considerado en su actuación; por el contrario, se les excluye del control de los órganos encargados de controlar los juegos de azar y sus consecuencias sociales como la Comisión Nacional del Juego del Ministerio de Interior.

Podría sostenerse como justificación que la mera existencia de una oferta de juegos públicos, atractivos pero poco adictivos, puede servir para canalizar la demanda social y la pasión por el juego hacia modalidades seguras y transparentes, que al ser gestionadas por organismos

estatales eliminaría el riesgo del fraude y la criminalidad. La oferta de juegos estatales sería un sustitutivo social a la prohibición de otras modalidades de juego más peligrosas. Sin embargo, ello no se compadece con que el propio Estado promueva juegos calificados de muy adictivos como la lotería instantánea. Ni tampoco con la política expansiva de sus juegos de azar llevada por el Estado, incrementando en los últimos años las modalidades de juego, las campañas intensivas de *marketing* y en último término las ventas y cuota de mercado.

De lo dicho se desprende claramente la irresoluble ambigüedad en la posición del regulador que al tiempo está obligado a maximizar las ventas y beneficios de los juegos que explota. Cuestión que tampoco se solventaría con una mera reorganización administrativa que diferenciara en el organigrama de una misma entidad al regulador y al comercializador.

Aunque entendiéramos justificadas las trabas y restricciones, resulta desproporcionada la imposición de sanciones penales a quienes actúan como intermediarios de empresas de juegos de azar establecidas legalmente en otro Estado Miembro de la Unión Europea, cuando dichas empresas están sujetas a principios, controles y garantías equivalentes a los previstos en la legislación española.

En las normativas de las Comunidades Autónomas, una de las restricciones más extendidas se refiere al establecimiento de un *numerus clausus* de autorizaciones para determinados juegos, así como limitaciones geográficas o espaciales a su instalación. Se justifican normalmente por razones de restricción de la oferta del juego y no estimulación de la demanda por efecto de la competencia excesiva. La proporcionalidad de la medida puede evaluarse a la vista de datos estadísticos, y normalmente el número resultante guarda correlación con el número de habitantes en el territorio. La política de juego seguida por las diversas Comunidades Autónomas resulta en general coherente con los objetivos perseguidos explícitamente en sus leyes sobre el juego, dado que las medidas restrictivas tienden razonablemente a dichos fines.

No obstante, se advierte la subsistencia de ciertas discriminaciones por razón de la nacionalidad en normas antiguas pero todavía vigentes. Son indirectamente discriminatorias las obligaciones referentes a que los licenciarios posean determinada forma jurídica conforme al Derecho Español. Igualmente pudieran calificarse de medidas discriminatorias aquellas exigencias de domicilio o residencia en el país o comunidad autónoma del aspirante a una licencia, dado que indirectamente benefician a quien posee dicho domicilio o residencia.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. a) Derechos de entrada y residencia. b) Prestaciones de Seguridad Social. D) Libre circulación de capitales. a) Facultades especiales de intervención en las empresas privatizadas.

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, principalmente en lo que se refiere a los principios generales y al mecanismo prejudicial.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la STCE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, As. C-341/05, relativa a una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 12 y 49 CE, así como de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se señala que “aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho

comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones” (apdo. 91). En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Es cierto, como recordó el Gobierno sueco en el asunto, que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo disfruta en Suecia, como en otros Estados miembros, de protección constitucional. Pero, como se deriva del apartado 10 de la sentencia comentada, según la Constitución sueca, este derecho, que incluye en ese Estado miembro el bloqueo de obras, sólo puede ejercerse si no existen disposiciones establecidas en una ley o en un convenio colectivo que se opongan a ello.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías (véase la Sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apdo. 74) o la libre prestación de servicios (véase la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, Rec. p. I-9609, apdo. 35).

Tal como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias Schmidberger y Omega, antes citadas, el ejercicio de los derechos fundamentales objeto de aquellos asuntos, a saber, las libertades de expresión y de reunión, en un caso, y el respeto de la dignidad humana, en el otro, no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. Este ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Schmidberger, apdo. 77, y Omega, apdo. 36).

De lo que precede se deriva para el TJCE que el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir tales medidas, adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

El Tribunal recuerda que, en la medida en que tiene por objeto la eliminación de las restricciones a la libre prestación de servicios que resultan del hecho de que el prestador esté establecido en un Estado miembro distinto del Estado en el que debe realizarse la prestación, el artículo 49 CE tiene aplicación directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros desde la expiración del período transitorio y confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véanse, en particular, las Sentencias de 3 de diciembre de 1974, van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299, apdo. 26; de 14 de julio de 1976, Donà, 13/76, Rec. p. 1333, apdo. 20; de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Irlanda, 206/84, Rec. p. 3817, apdo. 16, y de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apdo. 67). También recuerda que el respeto del

I. Derecho Comunitario

artículo 49 CE se impone igualmente a las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios. En efecto, la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público (véanse las Sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, 36/74, Rec. p. 1405, apdos. 17 y 18; de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apdo. 83 y 84, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1517, apdo. 120).

En el asunto principal, el derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene algunas cláusulas que difieren de las disposiciones legales al establecer condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71 y otras cláusulas que se refieren a materias no previstas en dicha disposición, puede hacer menos interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco y constituye para el TJCE, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE. Lo mismo afirma el Tribunal, *a fortiori*, de la circunstancia de que, para conocer las cuantías de salario mínimo que deben abonar a sus trabajadores desplazados, dichas empresas puedan verse obligadas, mediante medidas de conflicto colectivo, a negociar por tiempo indeterminado con las organizaciones sindicales en el lugar de ejecución de la prestación de servicios.

La **STPI de 31 de enero de 2008**, As. T-95/06, es un buen ejemplo de la invocación por las partes en el proceso de los principios generales del derecho. El recurso se planteó por la Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana contra la resolución de la sala de recurso de la Oficina comunitaria de variedades vegetales (OCVV) de 8 de noviembre de 2005 (As. A 001/2005), relativa a la concesión de la protección comunitaria a la variedad de mandarina Nadorcott.

Pues bien, por lo que respecta a la supuesta violación de los principios de diligencia y de buena administración, el Tribunal considera que la demandante no alegó circunstancia alguna que permita considerar violados tales principios, con excepción del hecho de que la sala de recurso no le notificó el defecto de legitimación observado por ella ni le instó a subsanarlo. Ahora bien, para el TPI esta actitud de la sala de recurso respetaba las exigencias del artículo 49, apartado 1, del Reglamento de desarrollo, por lo que no constituye una violación de los principios de diligencia y de buena administración.

También se invocó por parte de la demandante la violación de su confianza legítima por el hecho de que su legitimación para recurrir había quedado suficientemente acreditada antes de la vista. Pero el Tribunal señaló que la decisión de suspensión de 27 de junio de 2005, que la demandante invoca en apoyo de su confianza legítima, fue adoptada en respuesta a la solicitud de la parte interviniente de que se levantara el efecto suspensivo del recurso interpuesto por la demandante contra la resolución de concesión. Tal decisión no procede

de la sala de recurso, sino de un comité diferente, competente para adoptar decisiones sobre el levantamiento del efecto suspensivo de los recursos, y compuesto por otra parte por personas diferentes de las que integran la sala de recurso. Además, dicho comité indicó, en el punto 10 de su decisión, que resultaba delicado apreciar la procedencia del recurso de la demandante ante la sala de recurso en esa fase del procedimiento, en particular porque la parte interviniente no había presentado aún su escrito de formalización de la intervención. A continuación señaló que, sin perjuicio de la posición que adoptase finalmente la Oficina, en aquel momento no se había llegado sin embargo a la conclusión de que el recurso fuera manifiestamente infundado. De ello se deduce que dicho comité no procedió a una valoración específica de la admisibilidad de recurso de la demandante, ni dio cuenta de una decisión al respecto de la sala de recurso. Además, presentó sus conclusiones sin perjuicio de la resolución final. Dadas estas circunstancias, considera el TPI que la mencionada decisión no podía suscitar en la demandante una confianza legítima en el hecho de que su legitimación para recurrir ante la sala de recurso había quedado acreditada. Por consiguiente, el Tribunal rechazó esta alegación.

Por lo que se refiere al principio de tutela judicial efectiva, según una reiterada jurisprudencia relativa al artículo 230 CE, párrafo cuarto, si bien es cierto que el requisito de que el acto impugnado afecte individualmente al demandante, como exige dicha disposición, debe interpretarse a la luz del citado principio y teniendo en cuenta las distintas circunstancias que pueden individualizar a un demandante, tal interpretación no puede conducir a ignorar dicho requisito, expresamente previsto en el Tratado, sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario (Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apdo. 44; de 30 de marzo de 2004, Rothley y otros/Parlamento, C-167/02 P, Rec. p. I-3149, apdo. 47, y de 1 de abril de 2004, Comisión /Jégo-Quéré, C-263/02 P, Rec. p. I-3425, apdo. 36).

Por otra parte, en la Sentencia de 31 de enero de 2008 el TPI recuerda que, según los artículos 59, 67 y 68 del Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (en lo sucesivo, Reglamento de base), toda persona que haya formulado oposición por escrito a la concesión de la protección en el procedimiento administrativo puede recurrir ante la sala de recurso. Además, el artículo 68 del Reglamento de base permite utilizar esta misma vía de recurso a toda persona directa e individualmente afectada por la resolución adoptada al término de procedimiento administrativo, aunque no haya participado en dicho procedimiento ni sea destinataria de dicha resolución. Por consiguiente, concluyó el Tribunal que como el recurso ante la sala de recurso abre la posibilidad de someter posteriormente el asunto al juez comunitario, es errónea la alegación de la demandante sobre la inexistencia de tutela jurisdiccional efectiva en el presente asunto.

En último lugar, el TPI también reflexiona en la sentencia sobre el deber de motivación, que constituye un requisito sustancial de forma, que ha de distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad de fondo del acto controvertido (Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2001, Francia/Comisión,

I. Derecho Comunitario

C-17/99, Rec. p. I-2481, apdo. 35). Además, es jurisprudencia reiterada que la motivación exigida por el artículo 253 CE debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento del autor del acto. Esta obligación tiene la doble finalidad de permitir, por una parte, que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otra, que el órgano jurisdiccional comunitario pueda ejercer su control sobre la legalidad de la decisión [Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión, C-350/88, Rec. p. I-395, apdo. 15; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 2000, Kuijter/Consejo, T-188/98, Rec. p. II-1959, apdo. 36, y de 3 de diciembre de 2003, Audi/OAMI (TDI), T-16/02, Rec. p. II-5167, apdo. 88].

En el presente asunto, para el Tribunal la resolución impugnada permitió que la demandante defendiera sus derechos y que el Tribunal de Primera Instancia ejerciera su control. Por lo demás, la sala de recurso examinó la legitimación de la demandante en relación con las supuestas actividades de la cooperativa Anecoop (punto 3, párrafos cuarto y quinto, de los fundamentos de Derecho de la resolución impugnada), con la eventual representación de productores individuales de mandarinas por parte de la demandante (punto 3, párrafos octavo a décimo, de los fundamentos de Derecho de la resolución impugnada) y con la eventual aplicación de la jurisprudencia sobre ayudas de Estado a los hechos del caso (punto 3, párrafo undécimo, de los fundamentos de Derecho de la resolución impugnada). La sala de recurso expuso las razones por las que consideraba que estos tres supuestos no eran aplicables o resultaban insuficientes para acreditar la legitimación activa de la demandante.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha establecido que un demandante carece de interés legítimo en la anulación por vicios de forma de una decisión si la anulación de ésta sólo puede dar lugar a la adopción de una nueva decisión idéntica, en cuanto al fondo, a la decisión anulada (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 1983, Geist/Comisión, 117/81, Rec. p. 2191, apdo. 7; Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 1992, Díaz García/Parlamento, T-43/90, Rec. p. II-2619, apdo. 54, y TDI, antes citada, apdo. 97; véase igualmente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2000, Ortmann/Comisión, T-261/97, RecFP pp. I-A-181 y II-829, apdos. 33 y 35).

En el presente asunto, el Tribunal concluye que la demandante no ha alegado circunstancia alguna que pueda demostrar que se encontraba legitimada para recurrir con arreglo al artículo 68 del Reglamento de base y que, por consiguiente, la anulación de la resolución impugnada por defecto de motivación sólo podría dar lugar a la adopción de una nueva resolución idéntica. La demandante carecía pues de interés legítimo en la anulación de la resolución impugnada por un eventual defecto de motivación.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, destacamos las siguientes resoluciones, si bien en línea con otros pronunciamientos anteriores del Tribunal de Justicia.

Las SSTJCE de 29 de noviembre de 2007, As. C-67/07, Comisión c. Francia (FJ 7º), de 13 de diciembre de 2007, As. C-244/07, Comisión c. Luxemburgo (FJ 9º), de 18 de diciembre de

2007, As. C-284/07, **Comisión c. Portugal** (FJ 8º), y de 31 de enero de 2008, As. C-268/07, **Comisión c. Luxemburgo** (FJ 14º) y As. C-259/07, **Comisión c. Suecia** (en este caso no explícitamente si bien se desprende claramente de su FJ 8º) reiteran la jurisprudencia relativa 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. Concretamente, señalan que 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.

Además, la **STJCE de 31 de enero de 2008, As. C-268/07, Comisión c. Luxemburgo** (FJ 13º), recuerda que ningún Estado puede invocar circunstancias internas ni dificultades prácticas para justificar la no adaptación de su Derecho interno al comunitario en los plazos señalados. Asimismo, la citada resolución recuerda que la transposición al derecho interno de una directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus mandatos en una disposición legal expresa y específica pudiendo, con arreglo a su contenido, darse por cumplida la transposición si la norma interna contempla un contexto jurídico general que asegure la plena aplicación de la directiva de modo suficientemente claro y preciso (Fundamento 9º).

4. RECURSOS

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

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

Una primera sentencia que podemos recordar es la **STPI de 31 de enero de 2008, Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana/OCVV-Nador Cott Protection, As. T-95/06**, en la cual el Tribunal de Justicia sostuvo que una asociación profesional constituida para la defensa y la representación de los intereses de sus miembros está legitimada para interponer un recurso de anulación, en primer término, cuando la asociación misma resulta individualizada por la afectación de sus propios intereses como asociación y en especial porque su posición de negociadora se ha visto afectada por el acto cuya anulación se solicita; en segundo término, cuando la asociación representa los intereses de empresas que estarían personalmente legitimadas para recurrir y, en tercer término, cuando una disposición legal le reconoce expresamente una serie de facultades de carácter procedimental. No obstante, en el presente recurso, la Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana no alegó ser personalmente productora o suministradora de material vegetal y tampoco alegó ser titular de derechos subjetivos registrados a nivel nacional o comunitario y que fueran objeto

de protección comunitaria de variedades vegetales. De ello se dedujo que la Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana no había demostrado que la resolución de concesión le hubiera afectado en sus propios intereses como asociación.

De igual forma podemos recordar la **STJCE de 13 de diciembre de 2007, España/Consejo, As. C-184/06**, en la cual desestimó el recurso de anulación presentado por el Reino de España frente del Reglamento (CE) núm. 51/2006 del Consejo, de 22 de diciembre de 2005, por el que se establecen, para 2006, las posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, aplicables en aguas comunitarias y, en el caso de los buques comunitarios, en las demás aguas donde sea necesario establecer limitaciones de capturas, en la medida en que no asigna determinadas cuotas al Reino de España en las aguas comunitarias del Mar del Norte y del Mar Báltico. El Tribunal de Justicia sostuvo que del Acta de adhesión del Reino de España no resulta en modo alguno que el Consejo tuviera obligación de modificar en el futuro la clave de reparto de las posibilidades de pesca establecida tras la adhesión del Reino de España. De idéntico contenido, podemos recordar también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2007, España/Consejo, As. C-141/05.

Por su importancia debemos recordar la **STJCE de 12 de diciembre de 2007, Skoma-Lux, As. C-161/06**, en la cual el Tribunal de Justicia (Gran Sala) sostuvo que si una normativa comunitaria no ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea en la lengua de un nuevo Estado miembro, pese a que dicha lengua es una lengua oficial de la Unión Europea entonces no cabe imponer las obligaciones contenidas en esa normativa a unos particulares de ese Estado, aunque éstos hubieran podido tener conocimiento de esta normativa por otros medios.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 27 de noviembre de 2007, Pitsiorlas/Consejo y BCE, asuntos acumulados T-3/00 y T-337/04, sostuvo que es necesario recordar que una persona a quien se le deniega el acceso a un documento o a una parte de un documento, ya tiene, por este simple hecho, un interés en la anulación de la decisión denegatoria. Igualmente, el Tribunal de Justicia, en su **STJCE de 22 de noviembre de 2007, Sniace/Comisión, As. C-260/05 P**, recordó la reiterada jurisprudencia relativa a que los requisitos para la admisibilidad de un recurso de anulación no pueden ignorarse por la interpretación del derecho a una tutela judicial efectiva efectuada por el demandante. Hecho que sucedía en el caso enjuiciado en el cual la recurrente no había demostrado que la decisión controvertida le afectaba individualmente.

Respecto los actos que pueden ser objeto de un recurso de anulación, la **STPI de 8 de noviembre de 2007, Países Bajos/Comisión, As. T-234/04**, recordó la reiterada jurisprudencia que constituyen actos o resoluciones que pueden ser objeto de un recurso de anulación las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de forma sustancial la situación jurídica de éste. Sin embargo, no basta con que una institución comunitaria haya enviado un escrito a su destinatario, en respuesta a una petición formulada por éste, para que dicho escrito pueda calificarse de decisión y se permita así la interposición de un recurso de anulación, por cuanto este escrito no puede producir efectos jurídicos y tampoco está destinado a producir tales efectos.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

En lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere, hay dos datos que llaman nuestra atención. El primero, el elevado número de estos asuntos suscitados por órganos jurisdiccionales españoles durante el período considerado (cuatro nada menos), lo cual no es frecuente en absoluto. Y el segundo, que la admisibilidad o, por mejor decir, las causas de posible inadmisión prejudicial continúan constituyendo el tópico más frecuentemente afrontado por la Curia Comunitaria.

Comenzando por esta segunda circunstancia, baste decir que, del total de cuarenta y ocho sentencias prejudiciales estudiadas, nueve de ellas han tenido por objeto determinar con carácter previo si, en el caso concreto, la cuestión prejudicial planteada debía o no ser admitida, con base en la alegación en contra formulada por alguna de las partes en el proceso.

Ello demuestra, bien a las claras, que cada vez más y pese al empeño del Tribunal de Justicia por explicar el contenido y alcance de los motivos de inadmisión —o quizá justamente por eso—, las partes en los procesos prejudiciales tratan de impedir, legítimamente, que las cuestiones planteadas sean dilucidadas en cuanto al fondo, por la Corte comunitaria.

A este respecto procede recordar que, con carácter general, el Tribunal de Justicia está obligado a admitir y pronunciarse acerca de todas aquellas cuestiones prejudiciales (de interpretación o de validez) que le sean planteadas por los órganos jurisdiccionales internos. Y que esta regla general sólo puede ser exceptuada si la Corte comunitaria aprecia la concurrencia de determinados motivos tasados de inadmisión, entre los cuales cabe destacar los siguientes:

- Que el problema sometido al Tribunal comunitario sea de naturaleza hipotética.
- Que resulte evidente que la interpretación solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.
- Que no se aporten al Tribunal de Justicia los elementos de hecho y de Derecho necesarios, y suficientes, para que éste pueda ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.

A pesar de ello, es frecuente que las partes en los procesos prejudiciales —en particular, las abogacías de Estado— aprecien motivos de inadmisión donde realmente no los hay.

Así ha ocurrido, en estos tres últimos meses, en la STJCE de 14 de febrero de 2008, Varec, As. C-450/06; STJCE de 29 de enero de 2008, Promuscae, As. C-275/06; STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto Manipulado de

Correspondencia, As. C-220/06; STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Ente tabacchi italiani y otros*, As. C-280/06; STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri*, As. C-341/05, y la STJCE de 15 de noviembre de 2007, *International Mail Spain*, As. C-162/06, donde, en respuesta a las alegaciones formuladas por las abogacías de Estado de los países intervinientes en el proceso, la Corte comunitaria se ha visto forzada a insistir en que los motivos de inadmisión son los que son. Y, así también, que su alcance y significación ha sido ya suficientemente explicado por el Tribunal comunitario a través de su jurisprudencia, lo que le ha llevado, en todos estos casos, a admitir la cuestión prejudicial discutida.

No ha sucedido lo mismo, en cambio, en la STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Z.F. Zefeser*, As. C-62/06, ni en la STJCE de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium y otros*, As. C-250/06, ni tampoco en la STJCE de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7*, As. C-380/05, donde, no sólo las partes interesadas —de nuevo y fundamentalmente las abogacías de Estado— sino la propia Corte comunitaria, han podido constatar que, en efecto, se hallaba presente alguno de los motivos de inadmisión antes señalados. En buena lógica, esto ha obligado al Tribunal de Justicia —muy a su pesar— a declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial suscitada.

En efecto, en la STJCE de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium y otros*, As. C-250/06, el Tribunal de Justicia argumenta (apdo. 19 de la Sentencia) que para poder dar una respuesta eficaz a las dos primeras cuestiones planteadas en este caso es preciso que el órgano jurisdiccional nacional defina el contexto fáctico, esto es, le proporcione los elementos de hecho necesarios para poder dar una respuesta útil o, al menos, que: “(...) explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones (...)”.

Puesto que esto no se verifica, debido a que (apdo. 21 de la Sentencia): “(...) ni la resolución de remisión ni las observaciones escritas, como tampoco las explicaciones orales dadas en la vista han facilitado al Tribunal de Justicia los elementos de hecho (...) que le permitan dilucidar si se cumplen las condiciones relativas a la existencia de una posición dominante...”, al Alto Tribunal Comunitario no le queda otra opción que *declarar la inadmisibilidad* (apdo. 23 de la Sentencia) de las cuestiones planteadas.

Asimismo, en la STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Z.F. Zefeser*, As. C-62/06, el Tribunal de Justicia estima necesario *declarar la inadmisibilidad* (apdo. 17 de la Sentencia) de una de las cuestiones prejudiciales planteadas (la cuarta). Y ello es debido a que (apdo. 13 de la Sentencia) dicha cuestión resulta impertinente por hipotética, atendiendo al dato de que su sustanciación: “(...) carece de utilidad (...)” (apdo. 16 de la Sentencia) a efectos de la resolución del litigio principal.

Por último, y en el mismo sentido que las anteriores, en la STJCE de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7*, As. C-380/05, el Tribunal de Justicia nos recuerda, en primer lugar, que la Corte comunitaria debe limitar su examen a las disposiciones de Derecho Comunitario (apdo. 49 de la Sentencia) y no al juicio de validez o interpretación sobre una norma de Derecho nacional. Y, así también, que los órganos jurisdiccionales internos deben indicar, como mínimo, las razones que les han conducido a interrogarse sobre la interpretación del Derecho Comunitario, así como sobre la relación que se establece entre éste y la legislación nacional aplicable al caso (apdo. 54 de la Sentencia).

Pues bien, en lo que a la décima cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente en este caso, *ni lo uno ni lo otro acontecen*. Es decir, ni la posible norma sobre cuya interpretación se inquiriere al Tribunal de Justicia tiene naturaleza comunitaria, ni el órgano jurisdiccional nacional ha informado a la Corte de la relación existente entre aquella posible disposición comunitaria y el litigio principal; o, cuando menos, el objeto de dicho litigio. En consecuencia (apdo. 56), la Curia comunitaria declara que *no procede admitir* la décima cuestión.

Además, en segundo lugar, y sin abandonar esta Sentencia, el Tribunal de Justicia considera (apdo. 57 de la Sentencia) que el juez nacional *no ha definido suficientemente el contexto fáctico*, ni el régimen normativo en el que se inscriben la segunda y la novena cuestión prejudiciales planteadas (apdo. 61 de la Sentencia), pues, la resolución de remisión: “(...) no contiene ninguna indicación (...)” relativa, en particular, a la definición del mercado relevante, al cálculo de las cuotas, etc. Aspectos estos, en torno a los cuales gira la eventual resolución del procedimiento principal. Por consiguiente (apdos. 62 y 63), las cuestiones prejudiciales segunda y novena *deben ser declaradas inadmisibles*.

Dejando a un lado la admisibilidad, y en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales “españolas”, *dos son las circunstancias merecedoras de comentario*.

La primera, y como ya se ha anotado al inicio de esta rúbrica, que *su número ha sido importante*. Quizá sea éste un dato puramente casual o, quizá, el reflejo de un cambio en la clásica tendencia de juez español a no consultar al juez comunitario.

Sea como fuere, lo cierto es que, a diferencia de anteriores ocasiones y teniendo en cuenta que el número de pronunciamientos prejudiciales total no ha sido demasiado elevado (cuarenta y ocho), el hecho de que hayan sido resueltas hasta cuatro peticiones de esta naturaleza formuladas por órganos jurisdiccionales españoles es una circunstancia que, ciertamente, llama nuestra atención.

Estas cuatro peticiones han dado lugar a otras tantas sentencias prejudiciales, que son las siguientes: **STJCE de 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain, As. C-162/06**; **STJCE de 29 de enero de 2008, Promusicae, As. C-275/06**; **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto Manipulado de Correspondencia, As. C-220/06**; y la **STJCE de 22 de noviembre de 2007, Nieto Nuño, As. C-328/06**.

La segunda circunstancia digna de comentario, en lo que a las cuestiones prejudiciales “españolas” se refiere, es que, como ocurre con carácter general, *la admisibilidad ha ocupado buena parte del tiempo del Tribunal de Justicia*. Así lo demuestra el hecho de que, de las cuatro sentencias que acabamos de citar, en tres de ellas se debe dilucidar, con carácter previo, si son o no admisibles.

Es el caso de la **STJCE 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain, As. C-162/06**, en la que, frente a las alegaciones de la Abogacía del Estado español en el sentido de que

I. Derecho Comunitario

la cuestión prejudicial planteada debe ser inadmitida por referirse a la validez de una norma puramente interna (apdo. 18 de la Sentencia) y, asimismo (apdo. 22), por carecer de efecto útil y formularse de manera hipotética, el Tribunal de Justicia responde (apdos. 21 y 24) a la primera alegación que: “(...) la cuestión planteada por el tribunal remitente se refiere expresamente a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario (...)”. Y a la segunda que: “(...) el mero hecho de que el Tribunal de Justicia haya de pronunciarse en términos abstractos y generales no puede acarrear la admisibilidad (...)”. Por consiguiente, la Corte comunitaria procede (apdo. 25 de la Sentencia) a declarar la admisibilidad.

Igualmente, en la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto Manipulado de Correspondencia, As. C-220/06**, el Tribunal de Justicia considera que, frente a la alegación de inadmisión formulada por el Gobierno español en cuanto a que la cuestión a dilucidar es competencia exclusiva del órgano interno (apdo. 34 de la Sentencia), debe objetarse de contrario que: “(...) ni el tenor literal de la cuestión planteada ni los razonamientos jurídicos en los que se fundamenta, tal como se exponen en la resolución de remisión, ponen de relieve que el órgano jurisdiccional remitente haya pedido al Tribunal de Justicia que resuelva él mismo (...)” (apdo. 35 de la Sentencia). En base a esta razón, la Corte comunitaria declara la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada.

Por último, y en la misma línea que las anteriores, el Tribunal de Justicia se ocupa asimismo de este tema en la **STJCE de 29 de enero de 2008, Promusicae, As. C-275/06**. Sentencia en la que, a la vista de que la Corte comunitaria estima (apdo. 39 de la Sentencia) que: “(...) el resultado del litigio principal está ligado (...)” a la interpretación de la norma europea solicitada, la conclusión a la que se llega no puede ser otra (apdo. 40 de la Sentencia): declarar la admisibilidad (apdo. 40) de la cuestión prejudicial planteada.

Para terminar, y más allá de los asuntos relativos a la admisibilidad así como de las cuestiones prejudiciales “españolas”, resulta obligado incluir en esta crónica, la **STJCE de 11 de diciembre de 2007, Skoma-Lux, As. C-161/06**. Y ello es debido a que se trata de un pronunciamiento en el que aborda un argumento prejudicial no demasiado acostumbrado, como lo es: la limitación de los efectos temporales de este tipo de sentencias.

Así, y al hilo de la resolución de la cuestión prejudicial planteada en esta Sentencia y en lo que a esta temática específica se refiere, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de recordarnos (apdos. 63 a 73 de la Sentencia):

- Que, con carácter general, las sentencias prejudiciales tienen efectos *ex tunc* o retroactivos.
- Que sólo cuando concurren dos criterios fundamentales, la regla anterior puede verse exceptuada.
- Que dichos dos criterios fundamentales son: a) buena fe por parte de las personas eventualmente afectadas de que se trate y b) que la retroacción de la sentencia provoque problemas graves, sin que dichos problemas sean únicamente de carácter económico.

E) Medidas cautelares

En lo que a esta cuestión se refiere, y a diferencia de la anterior, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia ha enfrentado este tópico en el período de tiempo que comprende esta crónica. Por lo que nada cabe añadir a lo ya escrito en anteriores números de esta Revista.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de noviembre de 2007 al 15 de febrero de 2008) tan sólo se ha publicado una sentencia. Se trata de la **STJCE (Sala Primera), de 15 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania, As. C-319/05**, en la que se enjuicia un supuesto curioso: La Comisión recibió una denuncia de una empresa cuya solicitud para que se autorizara la importación y comercialización de un preparado de ajo en cápsulas fue rechazada por el Ministerio de Sanidad alemán con el argumento de que no se trataba de un alimento, sino de un medicamento.

El Tribunal, a propuesta de la Comisión declaró el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 TCE al clasificar como medicamento un preparado de ajo en forma de cápsulas que no encaja en la definición de medicamento del artículo 1.2 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. La señalada definición dice que se considera “medicamento”: “toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas; (...) todas las sustancias o combinación de sustancias que puedan administrarse al hombre con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas del hombre (...)”.

Un producto que encaja en la definición del concepto de “medicamento” en el sentido de la Directiva 2001/83 debe ser considerado como medicamento y someterse al régimen correspondiente, aun cuando esté comprendido en el ámbito de aplicación de otra normativa comunitaria menos rigurosa (S. de 28 de octubre de 1992, Ter Voort, C-219/91). La Directiva recoge dos definiciones de medicamento: una definición “por la presentación” y una definición “por la función”. Un producto será un medicamento si le es aplicable una u otra de estas definiciones.

Para determinar si un producto debe calificarse de medicamento por su función con arreglo a la Directiva 2001/83, las autoridades nacionales, bajo el control de los órganos jurisdiccionales, deben decidir caso por caso teniendo en cuenta todas las características del producto, entre ellas, su composición, sus propiedades farmacológicas —en la medida en que pueden

determinarse en el estado actual de los conocimientos científicos—, su modo de empleo, la amplitud de su difusión, el conocimiento que de él tengan los consumidores y los riesgos que pueda ocasionar su uso (Sentencia HLH Warenvertrieb y Orthica).

En la medida en que subsisten dudas en el estado actual de la investigación científica, corresponde a los Estados miembros decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar, y exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad (SS. de 14 de julio de 1983, Sandoz, 174/82, y de 14 de septiembre de 2006, Alfa Vita Vassilopoulos y Carrefour-Marinopoulos, C-158/04 y C-159/04¹). Ahora bien, al ejercer su facultad de apreciación relativa a la protección de la salud pública, los Estados miembros han de respetar el principio de proporcionalidad. Por tanto, los medios que elijan han de limitarse a lo que sea efectivamente necesario para garantizar la salvaguardia de la salud pública; han de ser proporcionados al objetivo así perseguido, el cual no se habría podido alcanzar con medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios (SS. de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca, C-192/01² y de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia, C-24/00³).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Más prolífica ha sido la producción jurisprudencial en materia de libre prestación de servicios. En el período analizado (del 15 de noviembre de 2007 al 15 de febrero de 2008), se han publicado un total de siete fallos del TJCE, todos ellos sentencias.

La primera de las sentencias a la que nos referimos es la **STJCE de 15 de noviembre de 2007 (Sala Primera) de 15 de noviembre de 2007, Internacional Mail Spain, As. C-162/06**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, sobre la interpretación del artículo 7.2 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.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la empresa International Mail Spain, SL, anteriormente TNT Express Worldwide Spain, SL, por un lado, y la Administración del Estado español y Correos, por otro, en relación con la resolución de 16 de junio de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones (Ministerio de Fomento), que sancionó a International Mail por haber realizado, sin la autorización del operador prestador del servicio postal uni-

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

(2) Comentada en el número 22 de esta Revista (enero de 2004), págs. 69-70 y 271-272. Comentada también en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 64 y 73. Un comentario a esta sentencia puede verse también en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16 (octubre-diciembre de 2005), por CARRETERO GARCÍA, Ana, en págs. 583-584.

(3) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 63 y 64-65. Un comentario a esta sentencia puede verse también en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16 (octubre-diciembre de 2005), por CARRETERO GARCÍA, Ana, en págs. 584 a 586.

versal, servicios postales reservados a éste. Concretamente se analiza la adaptación del Derecho español a la Directiva 97/67 mediante la Ley estatal española 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, cuyo artículo 18.1.c), establecía: “Quedarán reservados, con carácter exclusivo, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución y en los términos establecidos en el capítulo siguiente, los siguientes servicios incluidos en el ámbito de aquél: (...) c) El servicio postal transfronterizo de entrada y de salida de cartas y tarjetas postales, con los límites de peso y precio establecidos en el apartado b). Se entiende por servicio postal transfronterizo, a los efectos de esta Ley, el procedente de otros Estados o el destinado a éstos”. El TJCE confronta esta norma al contenido del artículo 7.2 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. Dicha norma permite a los Estados miembros seguir reservando al prestador del servicio postal universal, dentro de ciertos límites de precio y peso, el correo transfronterizo, “en la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal”. El TJCE concluye que debe interpretarse en el sentido de que únicamente permite a los Estados miembros reservar el correo transfronterizo al prestador del servicio postal universal en la medida en que acrediten:

- que, sin tal reserva, se impediría la prestación de ese servicio universal, o
- que dicha reserva es necesaria para que este servicio pueda prestarse en condiciones económicamente aceptables.

De una temática muy similar a la analizada en la Sentencia anterior, es el asunto que se trata en la **STJCE (Sala Primera) de 17 de diciembre de 1998, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, As. C-220/06**, en la que el Tribunal tiene ocasión de pronunciarse sobre otro aspecto de la liberalización del sector postal español. El asunto tiene su origen en el litigio entre la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en relación con la decisión de este último de adjudicar los servicios postales, sin licitación pública previa, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, sociedad que como sabemos es el proveedor del servicio postal universal en España. Se enjuician las Directivas comunitarias en relación a la legislación española, con un resultado desigual, el Tribunal declara que:

1) El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a 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, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 92/50 y constituyan, con arreglo al artículo 1.a) de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

3) Tanto los artículos 43, 49 y 86 TCE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, y no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde también al órgano jurisdiccional remitente.

Las siguientes dos Sentencias enjuician dos supuestos de hecho idénticos **STJCE (Sala Primera) de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania, As. C-404/05** y **STJCE de la misma fecha, Comisión/Austria As. C-393/05**: proviene de un recurso por incumplimiento, al imponerse a los organismos privados encargados del control de los productos de la agricultura ecológica que estén establecidos y hayan sido autorizados en otro Estado miembro, la obligación de disponer de un centro de actividad económica o de otra infraestructura permanente en Alemania y Austria, respectivamente, para poder desempeñar sus actividades en estos últimos Estados miembros.

La Jurisprudencia en este sentido es constante y suficientemente conocida: la protección de los consumidores puede justificar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios (SS. de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop, C-34/95 a C-6/95; de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01⁴, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-38/04, C-59/04 y C-60/04⁵). Sin embargo, es preciso asegurarse de que las medidas adoptadas con esta finalidad no excedan de lo que resulte objetivamente necesario (S. de 11 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-96/01).

(4) Comentada en el número 22 de esta Revista (enero de 2004), págs. 74 y 277-278. Comentada también en el número 25 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 88. Comentada en el número 30 de esta Revista (enero de 2006), pág. 75.

(5) Comentada en el número 36 de esta Revista (julio de 2007), págs. 31-32 y 44-45.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, As. C-250/06**, resuelve una cuestión prejudicial de un tribunal belga que tiene como telón de fondo la siempre delicada tensión político-lingüística entre la comunidad Valona y la flamenca. Un litigio entre varias televisiones belgas por una parte, y el Estado belga, por otra, relativos a la obligación que les impone este último de retransmitir, en la región bilingüe de Bruselas-Capital, los programas de televisión difundidos por determinados organismos de radiodifusión privados designados por las autoridades del referido Estado.

El TJCE considerará adecuada al derecho comunitario la normativa belga: El artículo 49 TCE no se opone a una normativa de un Estado miembro que obliga a los distribuidores por cable que operan en el territorio en cuestión de ese Estado, a retransmitir, en virtud de una obligación denominada de *must carry*, los programas televisivos difundidos por los organismos privados de radiodifusión dependientes de los poderes públicos de dicho Estado, que hayan sido designados por estos últimos, cuando dicha normativa persiga una finalidad de interés general, como el mantenimiento del carácter pluralista de la oferta de programas de televisión en dicho territorio en virtud de la política cultural, y además no resulte desproporcionada en relación con el citado objetivo, lo cual implica que sus modalidades de aplicación deben formar parte de un procedimiento transparente fundado en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano. Correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente determinar si se cumplen dichos requisitos.

El Tribunal aplica jurisprudencia anterior ya comentada en esta Revista, como son las SS. de 20 de febrero de 2001, *Analir y otros*, C-205/99⁶; de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99⁷, y de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00⁸.

La **STJCE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Irlanda, As. C-532/03**, enjuicia un incumplimiento irlandés en materia de contratación pública de unos servicios de ambulancias al permitir que el *Dublin City Council (DCC)*, preste servicios de transporte de urgencia en ambulancia sin sometimiento a un procedimiento publicidad previa. Sin embargo, y a pesar de lo tajante que en este aspecto suele ser la Jurisprudencia Comunitaria, el TJCE desestimó el recurso por entender que ni las alegaciones de la Comisión ni los documentos aportados demuestran que se haya llevado a cabo una adjudicación de un contrato público, puesto que no puede excluirse que el DCC prestaba servicios de transporte de urgencia en ambulancia en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley. A ello hay que añadir que la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios no implica que las prestaciones de servicios de que se trate

(6) Comentada en el número 11 de esta Revista (abril de 2001), págs. 60 y 65. Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), pág. 53.

(7) Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), págs. 49 y 52. Comentada en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 95. Comentada en el número 20 de esta Revista (julio de 2003), pág. 74. Comentada en el número 25 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 88.

(8) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 58 y 67.

constituyan una adjudicación de contratos públicos que deban examinarse desde el punto de vista de las normas fundamentales del Tratado.

Por último, la **STJCE (Sala Tercera) de 18 de diciembre de 2007, Jundt, As. C-281/06**, analiza un interesante caso de remuneraciones al profesorado universitario. La cuestión prejudicial se planteó en el marco de un litigio entre el matrimonio Jundt, residentes en Alemania, y, por otra, la Administración fiscal alemana, en relación con la negativa de ésta a tomar en consideración, en concepto de ingresos exentos del impuesto sobre la renta, las compensaciones por gastos profesionales percibidas con ocasión del ejercicio de una actividad docente accesoria en una universidad establecida en otro Estado miembro, por el motivo de que la legislación nacional en materia del impuesto sobre la renta reserva la aplicación de esta exención a las retribuciones procedentes de organismos alemanes de Derecho público.

El artículo 128 del TCE se ocupa de la formación profesional, en la que se incluye la enseñanza universitaria (SS. de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86; de 30 de mayo de 1989, Comisión/Consejo, 242/87; de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria, C-147/03⁹, y de 11 de enero de 2007, Lyyski, C-40/05¹⁰). En la medida en que el artículo 126 TCE ha sido invocado en razón de la competencia de los Estados miembros con respecto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como a los objetivos de la política comunitaria en el sector de la enseñanza, debe señalarse que los Estados miembros son competentes en materia de organización de la educación y política de enseñanza, como se desprende de la S. de 13 de febrero de 1985, Gravier, As. 293/83, y que la política comunitaria en el sector de la enseñanza trataba ya de facilitar la movilidad de los profesores.

De nuevo el resultado de la jurisprudencia comunitaria es de un enorme pragmatismo. El TJCE hizo al respecto tres declaraciones:

1) Una actividad docente ejercida por un contribuyente de un Estado miembro al servicio de una persona jurídica de Derecho público, en el presente caso una Universidad, situada en otro Estado miembro, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 TCE, aunque se ejerza con carácter accesorio y casi benévolo. El Tribunal ya ha declarado en otras ocasiones que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación considerada (SS. de 27 de septiembre de 1988, Humbel, 263/86; de 26 de junio de 2003, Skandia y Ramstedt, C-422/01¹¹, y de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05¹², y Comisión/Alemania, C-318/05).

El TJCE ha excluido del concepto de “servicios” en el sentido del artículo 50 TCE los cursos impartidos por determinados centros que forman parte del sistema de enseñanza pública y que se financian, total o parcialmente, con cargo a fondos públicos (S. de 7 de diciembre de

(9) Comentada en el número 29 de esta Revista (octubre de 2005), págs. 275. Vid. También el comentario de CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 22 (septiembre-diciembre de 2005), pág. 1062.

(10) Comentada en el número 38 de esta Revista (enero de 2008), pág. 68.

(11) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 68.

(12) Comentada en el número 38 de esta Revista (enero de 2008), pág. 77.

1993, Wirth, C-109/92). Así, el Tribunal ha precisado que, al establecer y mantener tal sistema de enseñanza pública, financiado por lo general con cargo a fondos públicos y no por los alumnos o por sus padres, el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo.

La libre prestación de servicios no cubre las actividades que en un Estado miembro estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, esta excepción debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público (SS. de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74; de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, C-283/99¹³, y de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03¹⁴).

2) La restricción a la libre prestación de servicios consistente en que una normativa nacional reserve la aplicación de una exención del impuesto sobre la renta a las remuneraciones pagadas, como contrapartida de una actividad docente ejercida con carácter accesorio, por universidades, personas jurídicas de Derecho público, establecidas en el territorio nacional, y la deniegue cuando esas remuneraciones sean pagadas por una universidad establecida en otro Estado miembro no está justificada por razones imperiosas de interés general.

Según jurisprudencia reiterada, para que una alegación basada en dicha justificación pueda prosperar, es preciso que se demuestre la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado (SS. de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04¹⁵; de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, y de 11 de octubre de 2007, Hollmann, C-443/06¹⁶).

3) El hecho de que los Estados miembros sean competentes para decidir por sí mismos sobre la organización de su sistema educativo no puede hacer compatible con el Derecho comunitario una normativa nacional que reserva el beneficio de una exención fiscal a los contribuyentes que ejercen actividades al servicio o por cuenta de universidades públicas nacionales.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de noviembre de 2007 al 15 de febrero de 2008), se han publicado cuatro fallos del TJCE en esta materia: El primero de ellos se contiene en la **STJCE (Sala Tercera) de 6 de diciembre de 2007, Comisión/Alemania, As. C-456/05**. En esta sentencia se declara el incumplimiento por parte de Alemania por una presunta discriminación

(13) Comentada en el número 13 de esta Revista (octubre de 2001), págs. 55-56 y 222.

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

(15) Vid. el comentario hecho de esta sentencia por CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 24 (mayo-agosto de 2006), págs. 627 a 630.

(16) Comentada en el núm. 38 de esta Revista (enero de 2008), págs. 71-72.

en el ámbito de las profesiones médicas, reservando los “derechos adquiridos” que permiten a los psicoterapeutas lograr una autorización o una homologación, únicamente a los psicoterapeutas que hubieran ejercido su actividad en el marco de las cajas alemanas del seguro de enfermedad y al no tener en cuenta la actividad profesional comparable o similar ejercida por los psicoterapeutas en otros Estados miembros.

Al no estar armonizadas las actividades del psicoterapeuta, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para definir los requisitos de acceso a las referidas actividades. No obstante, los Estados deben ejercer sus competencias en este ámbito respetando las libertades fundamentales y, en particular, la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 43 TCE (S. de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98¹⁷). Con arreglo a reiterada jurisprudencia dicho artículo se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, incluidos los del Estado miembro autor de la medida, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Ello es así salvo que la medida pueda estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (SS. de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92; de 17 de octubre de 2002, Payroll y otros, C-79/01¹⁸, y de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia, C-140/03¹⁹).

En segundo lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation, As. C-438/05**, que es el resultado de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal británico sobre la interpretación del artículo 43 TCE y del Reglamento (CEE) núm. 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la International Transport Workers' Federation y el Sindicato de Marineros Finlandeses, por una parte, y la sociedad finlandesa Viking, en relación con medidas de conflicto colectivo, y con amenazas de tales medidas, que pueden disuadir a Viking de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y de registrar dicho buque bajo el pabellón de otro Estado miembro, dadas las restricciones al derecho de huelga existentes en Finlandia.

Según el Tribunal, el artículo 43 TCE debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no está excluida del ámbito de aplicación de este artículo una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa privada con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento.

El artículo 43 TCE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos. Por último, el artículo 43 CE debe interpretarse en

(17) Comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), págs. 52, 53 y 54. Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72. Comentada en el número 25 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 88.

(18) Comentada en el número 18 de esta Revista (enero de 2003), págs. 70 y 72.

(19) Comentada en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), págs. 54 y 55.

el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal, que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo. Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.

El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general ya reconocidas por el Tribunal de Justicia (SS. de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros, C-369/96 y C-376/96²⁰; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98²¹, y de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98²²).

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia, As. C-465/05**, en la cual se declara el incumplimiento por parte de Italia por su regulación de la actividad de guarda privado. Concretamente el TJCE declara que el incumplimiento tiene lugar, al disponer, en el marco del texto único de las Leyes sobre seguridad pública, aprobado mediante Real Decreto núm. 773, de 18 de junio de 1931, en su versión modificada, que:

- la actividad de guarda privado únicamente puede ejercerse previa prestación de un juramento de fidelidad a la República Italiana, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 TCE;
- la actividad de seguridad privada únicamente puede ser ejercida por los prestadores de servicios domiciliados en otro Estado miembro previa concesión de una autorización del Prefetto de alcance territorial, sin que se tengan en cuenta las obligaciones a las que dichos prestadores están sujetos ya en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE;
- dicha autorización tiene una validez territorial limitada y que su concesión está supeditada a que se tengan en cuenta el número y la importancia de las empresas de seguridad privada que

(20) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 74 y 75. Comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 53. Comentada en el número 25 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 88. Comentada en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 53.

(21) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), págs. 59, 63 a 65 y 68. Comentada también en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 53.

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

I. Derecho Comunitario

operan ya en el territorio de que se trate, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 TCE;

– las empresas de seguridad privada deben tener un establecimiento de explotación en cada provincia en la que ejerzan su actividad, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE;

– el personal de las empresas debe ser autorizado individualmente para ejercer la actividad de seguridad privada, sin que se tengan en cuenta los controles y las verificaciones ya realizados en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE;

– las empresas de seguridad privada deben disponer de una plantilla mínima y/o máxima para ser autorizadas, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 TCE;

– las mismas empresas deben depositar una fianza en la Caja de Depósitos y Préstamos, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 TCE;

– los precios de los servicios de seguridad privada se fijan en la autorización del Prefetto con relación a un margen de variación previamente establecido, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE.

Por último, la **STJCE (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008, Varec, As. C-450/06**, analiza de nuevo la interpretación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado belga sobre la interpretación del artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989²³, 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 resultante de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Para el tribunal, esta normativa en relación con el artículo 15.2 de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993²⁴, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable de los procedimientos de recurso, previstos en dicho artículo 1.1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con

(23) El artículo 1.1 de la Directiva 89/665 establece: “En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE (...), los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”.

(24) El artículo 15.2 de dicha Directiva dispone: “Los poderes adjudicadores respetarán el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores”.

la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 TCE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Derechos de entrada y residencia

La STJCE de 11 de diciembre de 2007, Eind, As. C-05, versa sobre los derechos de entrada y residencia de los familiares de un trabajador que retorna al Estado miembro del que es nacional. En el supuesto de hecho que da origen a la sentencia, el Sr. Eind regresa Países Bajos con su hija, nacional de un tercer Estado. La interesada había residido legalmente en el Reino Unido con su padre en virtud del Reglamento 1612/68. No obstante, nunca había tenido derecho a residir en los Países Bajos.

Pues bien, aunque a su regreso el Sr. Eind no desempeña actividad económica alguna, el Tribunal de Justicia reconoce el derecho de residencia de su hija en los Países Bajos, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/68 en su versión modificada por el Reglamento núm. 2434/92, precepto que resulta aplicable por analogía. En este sentido, el Tribunal de Justicia afirma que los obstáculos a la reagrupación familiar pueden vulnerar el derecho de libre circulación que el Derecho comunitario confiere a los nacionales de los Estados miembros, de manera que el regreso de un trabajador comunitario al Estado miembro del que es nacional no puede considerarse una situación puramente interna.

En la argumentación de la sentencia, el Tribunal utiliza como criterio interpretativo la instauración del estatuto de ciudadano de la Unión, que tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y así, se declara que el derecho de residencia reconocido a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión económicamente inactivo con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/364 está vinculado al que tiene el ciudadano de la Unión en virtud del Derecho comunitario.

b) Prestaciones de Seguridad Social

La STJCE de 18 de octubre de 2007, Comisión c. Parlamento y Consejo, As. C-299/05, ha anulado las disposiciones contenidas en las rúbricas “Finlandia”, letra b), “Suecia”, letra c), y “Reino Unido”, letras d) a f), del punto 2 del anexo I del Reglamento (CE) núm. 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, por el que se modifican el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de

seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71.

La sentencia tiene su origen en un recurso de anulación interpuesto por la Comisión europea. El anexo II bis del Reglamento núm. 1408/71 establece la lista de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, de las que las personas a las que es aplicable este Reglamento únicamente pueden disfrutar en el territorio del Estado miembro en el que residen, con arreglo al artículo 10 bis del mismo Reglamento.

Los Estados miembros no pusieron objeciones a la propuesta de la Comisión de modificar el artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento núm. 1408/71 con el fin de precisar la definición de prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo, en función de los principios sentados por el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 8 de marzo de 2001, Jauch (C-215/99, Rec. p. I-1901), y de 31 de mayo de 2001, Leclere y Deaconescu (C-43/99, Rec. p. I-4265). En virtud de esta jurisprudencia, sólo pueden incluirse en la lista que figura en el anexo II bis las prestaciones que reúnen cumulativamente la doble característica de ser especiales y no contributivas.

Pues bien, en opinión de la Comisión, en la lista finalmente aprobada por el Reglamento (CE) núm. 647/2005 se incluyen prestaciones que no reúnen los requisitos pertinentes. En concreto se trata de las siguientes prestaciones: en lo que respecta a la República de Finlandia, asignación para el cuidado de menores; en lo que se refiere al Reino de Suecia, asignación de invalidez y asignaciones de asistencia para menores inválidos; por lo que respecta al Reino Unido, subsidio de subsistencia para minusválidos, subsidio de ayuda y subsidio para cuidadores.

El Tribunal de Justicia estima totalmente el recurso de la Comisión. Por lo que se refiere a las asignaciones para el cuidado de menores filandesas y suecas, considera que el hecho de que el disfrute de estas asignaciones no esté subordinado a un período trabajado o de cotizaciones, de que se concedan caso por caso en función de las necesidades del menor y según los criterios fijados por la Ley y de que, además, se inscriban en un conjunto de prestaciones y de servicios destinados a las personas discapacitadas y, por ello, estén íntimamente ligadas al contexto económico y social de los Estados miembros de que se trata, no influye en su finalidad principal, que es de naturaleza médica.

En segundo lugar, también se considera “prestación de enfermedad” la asignación de invalidez sueca, ya que se trata de prestaciones concedidas de manera objetiva sobre la base de una situación legalmente definida y que están destinadas a mejorar el estado de salud así como las condiciones de vida de las personas dependientes. Esta misma finalidad y, por tanto, naturaleza tienen el subsidio de ayuda y el subsidio para cuidadores del Reino Unido. Y aunque el subsidio de subsistencia para minusválidos tiene un componente, el de movilidad, que podría considerarse una prestación especial no contributiva, puede individualizarse, de modo que sólo este componente podría mencionarse en la lista que figura en el anexo II bis modificado.

D) Libre circulación de capitales

a) Facultades especiales de intervención en las empresas privatizadas

Resulta especialmente destacable que en el período objeto de análisis el TJCE ha profundizado en su doctrina jurisprudencial elaborada en torno a las conocidas vulgarmente como “acciones de oro” (*golden shares*), o, dicho en otros términos, con las facultades especiales de intervención en la estructura accionarial y en la gestión de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica que los regímenes nacionales reservan al ejecutivo. Como es sabido, estas prerrogativas adoptan formas diversas (expedientes de autorización administrativa, acciones privilegiadas, nombramiento de miembros de los órganos sociales) y presentan distintos contenidos (poder de oposición a la entrada en el capital, derechos de intervención en la gestión de los activos, etc.). En este sentido, la **STJCE de 23 de octubre de 2007, Comisión Alemania, As. C-112/05²⁵**, tiene por objeto analizar si son compatibles con el Derecho comunitario los privilegios que la Ley Volkswagen otorga a favor de determinados actores públicos. Por su parte, la **STJCE de 6 de diciembre de 2007, Federconsumatori, As. C-463/04 y C-464/04**, examina si la libre circulación de capitales se opone al artículo del Código Civil italiano que permite a los estatutos de una sociedad anónima conferir a un ente público que posea una participación en su capital el derecho a nombrar directamente a uno o varios miembros del consejo de administración.

La STJCE de 23 de octubre de 2007 tiene su origen en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. En este sentido, la institución comunitaria cuestionaba tres medidas de la Ley Volkswagen de 21 de julio de 1960; la restricción del derecho de voto al 20%, la fijación de una minoría de bloqueo de un 20% y la facultad de designación de dos representantes en el consejo de vigilancia conferida al Estado federal y al Land de Baja Sajonia.

No obstante, la República Federal de Alemania negaba que en este caso exista una medida nacional, pues la Ley Volkswagen obedece a un compromiso al que llegaron en 1959 las personas y grupos que, en los años cincuenta, habían hecho valer derechos sobre la sociedad de responsabilidad limitada Volkswagenwerk. Ahora bien, esta alegación no es acogida por el Tribunal de Justicia que considera que aun “Suponiendo que, como alega la República Federal de Alemania, la Ley Volkswagen se limite a reproducir un acuerdo que debe ser calificado de contrato de Derecho privado, es preciso señalar que el hecho de que dicho acuerdo haya sido objeto de una ley basta para considerarlo una medida nacional a efectos de la libre circulación de capitales” (apdo. 26).

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la restricción de los derechos de voto de cualquier accionista al 20% del capital social de Volkswagen, prevista en el artículo 2, apartado 1, de la Ley Volkswagen, la Comisión afirma que esta norma incumple la exigencia de correlación entre la participación en dicho capital y los derechos de voto correspondientes a dicha participación. Aun admitiendo que la restricción de los derechos de voto es un instrumento

(25) Esta sentencia fue analizada, desde la perspectiva de la libre circulación de establecimiento, en el número anterior de esta Revista.

I. Derecho Comunitario

usual del Derecho de sociedades, que también se utiliza en otros Estados miembros, existe una gran diferencia, dependiendo de que el Estado ofrezca la posibilidad de insertar tal instrumento en los estatutos de una sociedad, como sucede en Derecho alemán en el caso de sociedades anónimas no cotizadas en bolsa, o que adopte, como legislador, una disposición a tal fin para una sola empresa y, en definitiva, en provecho propio, como sucede en el caso del artículo 2, apartado 1, de la Ley Volkswagen.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la fijación en un 20% de la minoría de bloqueo, la Comisión alega que, al exigir una mayoría de más del 80% del capital social representado para adoptar decisiones de la junta general de accionistas que, según el Derecho común de sociedades, sólo exigen una mayoría de, al menos, el 75%, el artículo 4, apartado 3, de la Ley Volkswagen permite al Land de Baja Sajonia bloquear este tipo de decisiones, habida cuenta de la participación de alrededor del 20% que posee desde la privatización de Volkswagen. Según la Comisión, a pesar de su aspecto formalmente no discriminatorio, la exigencia de un umbral superior, del 80%, se concibió para beneficiar exclusivamente a dicha entidad pública.

Pues bien, el Tribunal de Justicia comparte plenamente el planteamiento de la Comisión, pues la legislación controvertida asegura a los accionistas públicos una posición de supremacía dentro de la sociedad. En palabras del TJCE,

“(…) el artículo 4, apartado 3, de la Ley Volkswagen creó un instrumento que permite a los actores públicos reservarse, con una inversión más reducida que la que exige el Derecho común de sociedades, una minoría de bloqueo para oponerse a decisiones importantes.

Al restringir los derechos de voto al mismo límite del 20%, el artículo 2, apartado 1, de la Ley Volkswagen completa un marco jurídico que confiere a los referidos actores públicos la posibilidad de ejercer una influencia sustancial con una inversión más reducida.

En la medida en que limita la posibilidad de los demás accionistas de participar en la sociedad para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos con ésta que permitan una participación efectiva en su gestión o en su control, esta situación puede disuadir a los inversores directos de otros Estados miembros.

Esta conclusión no queda enervada por la alegación, formulada por la República Federal de Alemania, de que entre las acciones más compradas en Europa figuran las acciones de Volkswagen, gran número de las cuales se encuentran en manos de inversores de otros Estados miembros”.

Por idénticas razones, es decir, por establecer un derecho específico que constituye una excepción al Derecho común y que ha sido establecido por una medida legislativa nacional en beneficio únicamente de los actores públicos, se declara incompatible con el Derecho comunitario la facultad de designación de dos representantes en el consejo de vigilancia conferida al Estado federal y al Land de Baja Sajonia. Y es que, dicha facultad permite a los accionistas públicos participar en la actividad del consejo de vigilancia en una medida mayor a la que, de no existir esta facultad, les permitiría su condición de accionistas. Además, se afirma que

el hecho de que el consejo de vigilancia no sea un órgano decisorio, sino un mero órgano de control, no menoscaba la posición y la influencia de los actores públicos interesados.

Finalmente, la República de Alemania no consigue demostrar que estas medidas restrictivas de la circulación de capitales se encuentren justificadas por razones de interés público tales como la protección de los trabajadores o de los accionistas minoritarios.

La doctrina contenida en esta sentencia ha sido reiterada en la STJCE de 6 de diciembre de 2007. La disposición controvertida en este supuesto es el artículo 2449 del Código Civil italiano, según el cual los estatutos de una sociedad anónima pueden conferir al Estado o a un ente público que posee una participación en esa sociedad la facultad de nombrar directamente a uno o varios miembros de su consejo de administración. Y dicha disposición vulnera el artículo 56 CE, al permitir que los accionistas públicos disfruten de la posibilidad de participar en la actividad del consejo de administración de una sociedad anónima con mayor peso del que les conferiría normalmente su condición de accionistas.

Por otro lado, la sentencia analiza el hecho de que, según la legislación italiana, el derecho al nombramiento no deriva de una medida nacional, como el supuesto de la Ley Volkswagen, sino de un acuerdo de la junta general de accionistas de la sociedad de que se trate. No obstante, ello no impide que la medida tenga efecto restrictivo, pues puede resultar muy difícil eliminar este obstáculo una vez ha sido incorporado a los estatutos sociales. En este sentido, el Tribunal argumenta que

“con independencia de que el accionista público disponga por sí solo de la mayoría necesaria para lograr que se incluya en los estatutos de la sociedad su derecho al nombramiento directo de administradores o de que sólo pueda conseguir tal inclusión con la ayuda de otros accionistas, como parece ocurrir en los litigios principales, es preciso declarar que es únicamente la normativa controvertida en el asunto principal, que constituye una excepción al Derecho común de sociedades, la que permite reconocer al accionista público, a diferencia de los accionistas privados, el derecho a participar en la actividad del consejo de administración con mayor peso del que le conferiría normalmente su condición de accionista.

Aunque tal derecho de nombramiento, una vez incluido en los estatutos, no es inmutable, ya que, en principio, puede ser modificado en una revisión posterior de éstos, goza, no obstante, de una protección relativamente elevada. En efecto, el accionista público puede beneficiarse de la garantía de continuidad que se otorga a los estatutos de las sociedades anónimas, pues su modificación exige por lo general una mayoría cualificada de los accionistas. Por lo tanto, aun cuando el accionista público ya no disponga posteriormente, por sí solo o con la ayuda de otros accionistas, de la mayoría necesaria para que se le reconozca el derecho de nombramiento directo de los administradores, en particular si ha reducido entre tanto su participación en el capital social, podrá sin embargo seguir disfrutando de este derecho.

Un inversor sólo podrá estar seguro de eliminar el derecho de nombramiento directo de los administradores de una sociedad anónima si la inversión que efectúa es de tal magnitud

I. Derecho Comunitario

que le confiere la mayoría exigida para modificar los estatutos de esa sociedad. Ello puede requerir una inversión considerablemente superior a la que, de no figurar en los estatutos tal derecho de nombramiento, le permitiría participar en dicha sociedad con el fin de crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos que le ofrecieran la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión o control (apdos. 34 a 36)”.

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 constitucionales (artículos 80 LOTC y 219 LOPJ): La no aportación de un principio de prueba en que se sustente la recusación formulada determina su inadmisión a trámite. b) Recusación de Magistrados constitucionales (artículos 80 LOTC y 219 LOPJ): Ante el uso indebido de la recusación debe prevalecer la defensa de la jurisdicción constitucional. c) Legitimación de los órganos autonómicos [artículos 162.1.a) CE y 32.2 LOTC]: están legitimados para recurrir cuando la norma impugnada afecte al ejercicio de las funciones de la Comunidad Autónoma. d) Escrito de iniciación del proceso (artículo 85 LOTC): No es imprescindible que la pretensión de declaración de inconstitucionalidad se contenga en el suplico del recurso si aparece con claridad en otro lugar de la demanda. e) Pérdida del objeto del recurso: La declaración de inconstitucionalidad sin nulidad de los preceptos impugnados en una Sentencia anterior no produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso. B) Recurso de amparo. a)

Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: La parte que alega falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haber utilizado el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, debe justificar la concurrencia de este óbice procesal. b) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se cumple este requisito procesal cuando se interpone el recurso de amparo estando pendiente la admisión de un recurso de casación. 3. Distribución de competencias. A)

Contenido de los Estatutos de Autonomía: límites al reconocimiento estatutario de derechos (artículos 139.1, 147.2, 149.1.1, 149.1.22 CE). B) Suficiencia financiera y Ley de Presupuestos: no existe un derecho de las Comunidades Autónomas a recibir una determinada financiación, sino a que la suma global de los recursos se reparta respetando los principios de solidaridad y coordinación.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias, sobre las materias concernientes a esta crónica, del Tribunal Constitucional dictadas los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, es decir, el cuarto trimestre del año pasado.

En materia de procesos constitucionales, tiene particular interés el ATC 443/2007, de 27 de noviembre, donde se inadmite a trámite, en unos términos muy duros, la recusación formulada por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los Magistrados Pascual Sala Sánchez, Manuel Aragón Reyes y Pablo Pérez Tremps en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 16.1 y 3 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (desde ahora, LOTC) en la redacción dada a ésta por los apartados 6 y 7 del artículo único de la LO 6/2007, de 24 de mayo.

Respecto de la distribución de competencias, es muy relevante la STC 247/2007, por ser la primera que analiza las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía; la resolución sienta criterios que es de esperar sean usados en sentencias posteriores.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

- a) **Recusación de Magistrados constitucionales (artículos 80 LOTC y 219 LOPJ):** La no aportación de un principio de prueba en que se sustente la recusación formulada determina su inadmisión a trámite
- b) **Recusación de Magistrados constitucionales (artículos 80 LOTC y 219 LOPJ):** Ante el uso indebido de la recusación debe prevalecer la defensa de la jurisdicción constitucional

Nos encontramos parece que ante un episodio más de la que estimamos muy improcedente —desde una perspectiva de puro Derecho Procesal Constitucional— guerra de recusaciones en control abstracto y directo de normas, que se ha desatado en esta Legislatura de forma indebida ante el Tribunal Constitucional, ya que este instituto poco o nada tiene que ver con su comprensión en los procesos judiciales u ordinarios y es en esos procesos constitucionales casi una contradicción en sustancia. Pero, en el Auto que comentamos, se vierten por parte del Tribunal las descalificaciones más graves de las que tenemos noticia contra unos recusantes —representantes de intereses públicos según acontece con la legitimación de un recurso de inconstitucionalidad—, que, según se manifiesta en el Auto, intentan alterar la composición del intérprete supremo de la Constitución. Un juicio de valor extremadamente duro y nada descabellado, pese a la forma moderada y contenida en que el Ato tribunal lo pronuncia.

El ATC 443/2007, de 27 de noviembre, inadmite a trámite la recusación formulada por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los Magistrados Sres. don

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps en el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 16.1 y 3 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Según los recusantes, los Magistrados recusados tendrían interés directo o indirecto en el pleito y habrían tenido conocimiento de éste y formado criterio en detrimento de la debida imparcialidad (artículo 219 LOPJ). La fundamentación del escrito de recusación se basa nada menos que en una “información periodística” que se acompaña al escrito, de acuerdo con la cual los Magistrados recusados habrían participado en una reunión convocada por la Presidenta del Tribunal Constitucional a efectos de analizar la situación creada por la reforma de la LOTC, que constituye el objeto del recurso de inconstitucionalidad en cuyo seno se formula la recusación. En dicha reunión, aquellos Magistrados –según los actores– se habrían mostrado claramente favorables a la constitucionalidad de la reforma que ahora tienen que enjuiciar y que prorroga el mandato de los actuales Presidenta y Vicepresidente.

El Tribunal Constitucional comienza recordando la excepcional singularidad de este caso, derivada de una serie de circunstancias sucesivas. La primera, la admisión en firme de dos abstenciones (la de la Presidenta, doña M^a. Emilia Casas Baamonde y la del Vicepresidente, don Guillermo Jiménez Sánchez) que habían dejado reducido el órgano a diez Magistrados. La segunda, la recusación por el Gobierno de otros dos Magistrados, que, de ser única, no impediría la formación del mínimo legal preciso para que el Tribunal pueda adoptar acuerdos, según lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley Orgánica. Y la tercera, la recusación de estos tres Magistrados, recusación que, sumada a la anterior, e incluso aislada de ella, si se produjera la exclusión de los recusados, impediría la composición del Tribunal con el mínimo legal exigible.

Adviértase que ésta es una diferencia sustancial entre la jurisdicción constitucional, concentrada y única, donde los Magistrados constitucionales no pueden ser sustituidos; y cualquier orden de la jurisdicción ordinaria, donde ningún problema de quórum ocasiona el ejercicio de recusaciones y abstracciones dadas las magnitudes de los Magistrados que los integran. Alguna consecuencia jurídica –consideramos– habrá que extraer de estas diferencias y en esta línea razona el Tribunal Constitucional.

Según el parecer del Tribunal, estas circunstancias excepcionales deben proyectarse tanto en la composición del órgano de la jurisdicción constitucional como en las medidas a adoptar sobre la admisión de la recusación. El Tribunal parte en sus consideraciones de la clave institucional de la defensa de la jurisdicción del Tribunal, por ser éste pieza esencial de toda la estructura constitucional. En cuanto intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 LOTC), el Tribunal Constitucional está supraordenado en su función procesal a los demás órganos superiores del Estado y, por supuesto, también a los órganos legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad y, en este caso, a los Diputados recusantes. Esta posición institucional no admite que el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal pueda en modo alguno entorpecerse, y menos impedirse, por las actuaciones de los litigantes ante él.

Esta clave institucional no es sólo una autodefinición del Tribunal Constitucional, sino que tiene un apoyo legal en el artículo 4 LOTC cuando dispone que “el Tribunal delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo

la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben”. El Tribunal Constitucional afirma en el Auto que esta potestad y mandato legal pueden y deben ejercerse también frente a las mismas partes del proceso: “si por actos de éstas el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal pudiera impedirse u obstaculizarse en términos inaceptables”.

En uso de dicha potestad, el Tribunal se constituye para adoptar la decisión que comentamos integrado por diez Magistrados, entre los que se incluyen los cinco Magistrados recusados. Esta atípica composición fue acordada por el Presidente en funciones tras una consulta al resto de los Magistrados. Y con esta composición, el Tribunal analiza el escrito de recusación y otros escritos formulados por el Gobierno y los recusantes tras contestar a la providencia dictada por el Tribunal con fecha 15 de noviembre pasado.

La primera cuestión que se aborda en el Auto es la “singular composición del Pleno”, en terminología del escrito de recusación. El Tribunal considera que esta composición viene impuesta por una situación excepcional de necesidad de defensa del ejercicio de la jurisdicción del propio Tribunal a la que presta base legal indiscutible tanto su posición institucional como, en cuanto reflejo de ella, el artículo 4 LOTC al que ya se ha hecho referencia. Respecto de la aplicación supletoria de la LOPJ y de la LEC, establecida en el artículo 80 LOTC, entre otras materias, para la recusación, el Tribunal ha advertido en repetidas ocasiones de la necesidad de introducir modalizaciones por su singularidad y la imposibilidad de sustitución de sus miembros (ATC 387/2007), lo que no ocurre en las recusaciones producidas en los procesos que conoce la jurisdicción ordinaria. En el caso del Tribunal Constitucional la inexistencia de un sistema de sustitución de sus Magistrados, unido a la exigencia de un mínimo para la adopción de acuerdos establecida en el artículo 14 LOTC, puede desembocar, si no se adoptan medidas para evitarlo, en la inevitable paralización del ejercicio de la jurisdicción.

Por ello, la única solución posible es la de la integración de los Magistrados recusados en el colegio que haya de decidir sobre las recusaciones, solución que ya se había seguido en otras inadmisiones liminares (ATC 80/2005 y Providencias de 17 de abril de 2005 y de 4 de julio de 2007). Asimismo, esta solución estaba anunciada en el Acuerdo del Pleno del Tribunal de 20 de marzo de 1986 y en el ATC de 16 de octubre de 2007, en los que se establecía como límite para la admisión de abstenciones y recusaciones que no se impidiera con ellas el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal y que pudiera quedar respetado el mínimo del artículo 14 LOTC.

La segunda cuestión que analiza el Auto es la alegación de los recusantes según la cual se habrían producido “irregularidades de procedimiento” por dos razones: en primer lugar, por una supuesta “quiebra del principio de prioridad” y, en segundo lugar, por lo que los recusantes denominan “preconstitución de la prueba”.

Con relación a la supuesta quiebra del principio de prioridad, el Tribunal pone de manifiesto que, en el escrito de recusación, no se indica norma legal alguna que regule tal principio. Es más, afirma expresamente que la imposibilidad de sustitución de los Magistrados recusados

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

unida a “la necesidad de salir del paso a intentos de abusos de derecho o fraude procesal, cuando existan elementos que puedan generar la fundada sospecha de que las recusaciones se formulan, no para su fin institucional de garantizar la imparcialidad de los Magistrados, sino para alterar la composición del Tribunal” son bases suficientes para que el Tribunal pueda establecer el orden de prioridad para el enjuiciamiento de recusaciones sucesivas, sin necesidad de atenerse al orden cronológico de su respectiva formulación, “que puede ser invertido si con ello se impide el éxito del intento de abuso o fraude procesal”. Esta inversión del orden de enjuiciamiento de las recusaciones cuenta con precedentes en la práctica del Tribunal, como se pone de manifiesto. Y, en este supuesto, está doblemente justificada, ya que es precisamente la segunda de las recusaciones presentadas la que determina, por sí sola, la situación crítica a la que nos hemos referido de imposibilidad de actuación del Tribunal en los términos previstos en el artículo 14 LOTC. Por ello, la inmediata resolución de esta recusación resulta inaplazable.

La segunda razón por la que los recusantes consideraban que el procedimiento seguido es irregular es la supuesta “preconstitución de la prueba”. Esta alegación se refiere a la comunicación dirigida al Presidente en funciones en este proceso, suscrita el 29 de octubre de 2007 por los seis Magistrados asistentes a la reunión, de la que daba noticia el diario *El Mundo*, en la que dichos Magistrados desmienten rotundamente lo afirmado en la información periodística en la que la recusación se basa. Para los recusantes, la incorporación de dicha comunicación a las recusaciones no se adecua al procedimiento regulado en los artículos 223 a 228 LOPJ.

El Tribunal Constitucional comienza recordando que el régimen de prueba de los procesos atribuidos a su conocimiento se rige en exclusiva por la LOTC, sin que en la supletoriedad establecida en el artículo 80 de esta ley se incluya ninguna alusión a la prueba. Las únicas normas rectoras de la prueba en los procesos constitucionales son las establecidas en los artículos 88 y 89 LOTC. Y, en estos preceptos, se regula el régimen de prueba en los procesos constitucionales de forma muy diferente a como se regula en la LEC, siendo destacable la amplitud de facultades de oficio del Tribunal Constitucional, sin paralelo en los procesos regidos por esta otra Ley rituarial. Concluye, pues, el Auto que la incorporación de la mencionada comunicación de los seis Magistrados a las actuaciones de la recusación en el momento liminar de su enjuiciamiento para admisión o inadmisión tiene plena cobertura en los preceptos referidos de la LOTC. Pero, es más, el Tribunal considera que la referida comunicación no es en sentido propio una prueba, sino, más bien, un acto interno del propio Tribunal.

Merece la pena, por su rotundidad, transcribir el siguiente párrafo del Auto: “En todo caso, si de lo que se trata es de reaccionar frente a intentos de alteración de la composición del Tribunal y de entorpecimiento del ejercicio de su jurisdicción, en cuanto constitutivos de abuso o fraude procesal, sería contrario a ese objetivo el que a los Magistrados a los que se imputa una determinada actuación pueda imponérseles el silencio acerca de su auténtica realidad, dando lugar con él a la tramitación de unas recusaciones sin otra base que una información de un periódico sin firma de autor ni de fuente”.

Finalmente, el Tribunal pone de manifiesto que los recusantes aducen únicamente como fundamento de la recusación la información periodística publicada en el diario *El Mundo*, información que ha sido rotundamente desmentida por los seis Magistrados a los que se refería. Es decir, a juicio del Tribunal, no se ha aportado un principio de prueba en que se sustente la re-

cusación formulada, lo que ha de determinar la inadmisión de dicha recusación, pues es doctrina constitucional que para que la recusación de Magistrados “pueda dar lugar a la apertura del correspondiente incidente y no se vea rechazada *a limine*, la petición de la parte, además de proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde (artículo 223.1 LOPJ) y ajustarse a los requisitos formales previstos, entre otros, en el artículo 223.2 LOPJ, debe concretar de forma clara una causa de recusación de las previstas legalmente, con expresión de los motivos en que se funda y acompañando un principio de prueba sobre los mismos (ATC 195/2003, de 12 de junio)”.

De esta forma, el Tribunal inadmite la recusación, no sin antes insistir en que se ha hecho “un uso indebido” y “desviado” de este procedimiento. El Auto que comentamos está redactado en unos términos claros y rotundos, que no dejan lugar a dudas de la intención del Tribunal de proteger su propia jurisdicción frente a los repetidos intentos de manipulación y utilización partidista de este órgano constitucional. No cabe sino celebrar que el Tribunal haya reaccionado con firmeza frente a dichos intentos manipuladores y esperar que las afirmaciones que se vierten en este Auto sirvan para que los partidos políticos y los grupos parlamentarios reflexionen e impidan que dichos intentos puedan repetirse en el futuro. Sólo la utilización legítima y conforme a la ley del máximo intérprete de la Constitución podrá devolver la confianza de los ciudadanos en esta importantísima institución que ha venido funcionando correctamente desde su creación y que tan vital resulta en nuestros días para la vigencia y desarrollo del Estado de Derecho.

Para concluir, tan sólo una reflexión más. Ya hemos insistido desde las páginas de esta Revista, al comentar casos anteriores, en que es necesaria la expresa regulación específica en la LOTC de las causas de abstención y recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, de forma que no haya que aplicar de forma supletoria las previsiones de la LOPJ para la jurisdicción ordinaria y que se asemeje a los mandatos previstos en la Ley del Tribunal Constitucional alemán. La singularidad de la jurisdicción constitucional, derivada tanto de la peculiar naturaleza de los procesos que en ella se dirimen como de la circunstancia de estar atendida por doce únicos Magistrados que no pueden ser sustituidos, sin duda precisa de una normativa diferenciada de la prevista para los miembros del Poder Judicial. No podemos seguir en el grave error procesal de 1979 cuando los conocimientos del emergente y moderno Derecho Procesal Constitucional eran casi inexistentes.

c) Legitimación de los órganos autonómicos [artículos 162.1.a) CE y 32.2 LOTC]: Están legitimados para recurrir cuando la norma impugnada afecte al ejercicio de las funciones de la Comunidad Autónoma

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra doce puntos del artículo primero de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Antes de examinar el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional analiza una cuestión procesal suscitada por la entidad actora. El Parlamento de Navarra afirma su propia legitimación para recurrir invocando

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

dos argumentos. El primero, según el cual las Asambleas Legislativas autonómicas pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad siempre que exista una norma atributiva de competencia que les permita actuar en determinada materia que forme parte del contenido de la regulación que se pretenda impugnar. En el presente caso se daría esta condición pues la LO 8/2000 regula aspectos relacionados con los extranjeros que afectan al ámbito de autonomía de la Comunidad Foral de Navarra como la enseñanza, la vivienda, la policía, los menores, la asistencia social o la sanidad. El segundo argumento se basa en la interpretación no restrictiva que la jurisprudencia constitucional ha realizado de la exigencia específica del artículo 32.2 LOTC para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad por parte de las Asambleas de las Comunidades Autónomas contra leyes estatales “que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”.

El Tribunal Constitucional coincide con el Parlamento de Navarra en que la interpretación que ha venido realizando del precepto citado impide negarle la legitimación para recurrir y cita su propia Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, en la que afirmaba que “la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido, (...) se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente”. Por ello, el Tribunal afirma la inequívoca legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la LO 8/2000, dado que el ejercicio de las funciones que corresponde a la Comunidad Foral puede verse “afectado” por la norma estatal recurrida.

También en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 249/2007, de 13 de diciembre, se planteó la cuestión de la legitimación de los órganos autonómicos para interponer un recurso de inconstitucionalidad. En estos casos la norma impugnada era el artículo 20 de la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1, cuyo tenor literal es el siguiente: “Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”. Los recurrentes eran, en la primera, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón y, en la segunda, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En ambos casos, las Cortes Valencianas alegaron falta de legitimación de los órganos ejecutivos autonómicos recurrentes, por entender que el precepto recurrido no afectaba al ámbito competencial de su Comunidad Autónoma respectiva, toda vez que la competencia para la definición de las aguas sobrantes o de las cuencas excedentarias es sólo del Estado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional acertadamente entendió que los órganos ejecutivos autonómicos tenían legitimación para recurrir, pues “al interés puramente objetivo en la depuración del ordenamiento, propio de los recursos de inconstitucionalidad, se suma el interés institucional del Gobierno autonómico en la defensa de las competencias asumidas por su propia Comunidad Autónoma en muy distintas materias, como son la ordenación del territorio, la agricultura y la pesca fluvial, entre otras”. De esta forma, el Tribunal reconoce que concurre en los actores el

interés de la defensa de su propio ámbito de autonomía que es condición de la legitimación institucional reservada por el artículo 32.2 LOTC a las Comunidades Autónomas.

d) Escrito de iniciación del proceso (artículo 85 LOTC): No es imprescindible que la pretensión de declaración de inconstitucionalidad se contenga en el suplico del recurso si aparece con claridad en otro lugar de la demanda

La STC 247/2007, de 12 de diciembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional analiza dos óbices procesales. Uno de ellos, alegado por el Abogado del Estado, tiene que ver con los términos en los que se ha concretado el *petitum* del recurrente, toda vez que el actor se limita a interesar que se tenga por interpuesto su recurso, sin pretender de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado. El Tribunal Constitucional estima que ello no supone una contravención del artículo 85.1 LOTC pues, si bien la pretensión formalizada en el suplico del recurso se ciñe a requerir del Tribunal la admisión a trámite de la demanda, también es cierto que el recurrente ha fijado “con claridad y precisión” que lo que pide es la declaración de inconstitucionalidad de la norma recurrida, aun cuando no lo haya hecho en la súplica final de su escrito de recurso, sino en el apartado III de sus Fundamentos de Derecho de orden procesal.

El Tribunal Constitucional recuerda a continuación su doctrina sobre el artículo 85.1 LOTC, según la cual suponen infracción de este precepto aquellos supuestos en los que no se identifican con precisión las normas impugnadas (STC 77/1985) o aquellos otros supuestos en que no se articulan verdaderos fundamentos impugnatorios (STC 233/1999). El caso que nos ocupa no podría incluirse en ninguno de estos casos.

e) Pérdida del objeto del recurso: La declaración de inconstitucionalidad sin nulidad de los preceptos impugnados en una Sentencia anterior no produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso

La STC 259/2007, de 19 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el artículo 1, apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En los preceptos mencionados se da nueva redacción a los artículos 7.1, 8, 11, 21.1 y 22 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y se le añade un nuevo artículo 63.

Antes de entrar a examinar las impugnaciones del recurso, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la incidencia que sobre el objeto de este proceso puede tener la STC 236/2007, de 7 noviembre, a la que ya nos hemos referido, en la que se declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LO 8/2000. El Tribunal estima que se ha producido la desaparición sobrevenida del objeto de este proceso en relación con la impug-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

nación del apartado 16 del artículo 1 de la LO 8/2000, por el que se da nueva redacción al artículo 22 (derecho a la asistencia jurídica gratuita). Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que no se ha producido la pérdida sobrevenida del objeto del proceso con relación a las impugnaciones referidas a los apartados 5, 6 y 9 del artículo 1 de la LO 8/2000 por los que se da nueva redacción a los artículos 7.1, 8 y 11.1 de la LO 4/2000, pues, en la mencionada STC 236/2007, ciertamente se declaró la inconstitucionalidad de dichos preceptos. Pero tal pronunciamiento no fue acompañado, sin embargo, de la correlativa nulidad de éstos, por lo que no habían sido expulsados del ordenamiento jurídico.

A continuación, el Tribunal entra a analizar los motivos de impugnación de estos preceptos pero, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se remite a los razonamientos que desarrolló en la mencionada STC 236/2007 para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de dichos preceptos legales. Con algún matiz en el que no podemos entrar aquí, el Tribunal reitera la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos mencionados sin que proceda su nulidad, por las razones que ya expuso en la STC 236/2007. Este mismo pronunciamiento se reitera también en las SSTC 260, 261, 262, 263, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre, que resuelven recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diversos actores contra los mismos preceptos legales mencionados aquí.

B) Recurso de amparo

a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: La parte que alega falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haber utilizado el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, debe justificar la concurrencia de este óbice procesal

La STC 233/2007, de 5 de noviembre, desestima un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2005 por supuesta vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). La empresa demandada alegó falta de agotamiento de la vía judicial previa por parte de la demandante de amparo al no haber utilizado el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, regulado en los artículos 292 y siguientes LOPJ. El Tribunal Constitucional considera que, para que pueda apreciarse la falta de agotamiento de la vía judicial no basta con que la parte demandada que lo alega afirme la abstracta procedencia de un determinado cauce procesal que ha sido omitido por el demandante de amparo sino que corresponde a dicha parte demandada acreditar la posibilidad razonable y justificada de recurrir a esa vía en el supuesto concreto (SSTC 250/2005 y 41/2007).

En este caso, el Tribunal Constitucional estimó que el procedimiento previsto en los artículos 292 y siguientes LOPJ no resultaba exigible con carácter previo al recurso de amparo pues, a pesar de que en la demanda de amparo se aludía a un error judicial, no se pretendía obtener una indemnización como la que regulan aquellas previsiones normativas. Antes al contrario, se solicitaba del Tribunal la declaración de vulneración de derecho fundamental con efectos no meramente indemnizatorios sino restitutorios e inhibitorios ante la conducta discriminatoria que se afirmaba producida.

b) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se cumple este requisito procesal cuando se interpone el recurso de amparo estando pendiente la admisión de un recurso de casación

La STC 242/2007, de 10 de diciembre, inadmite el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2004. El Tribunal Constitucional estimó, coincidiendo con las alegaciones del Ministerio Fiscal, que el recurso de amparo no cumplía el requisito de agotamiento de la vía judicial previa ya que fue interpuesto (*ad cautelam*) estando pendiente la admisión de un recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional mencionada. Es cierto que esta Sentencia se proclamaba firme y sin posibilidad de recurso, como también lo es que esta circunstancia no es obstáculo para la interposición del recurso que se estime procedente, pues es doctrina asentada del Tribunal Constitucional que la instrucción sobre recursos no forma parte del *decisum* de la resolución, ni está dotada, por ello, de la fuerza propia de éste, ni, en consecuencia, implica un cierre del medio de impugnación de que se trate (STC 240/2001, de 18 de diciembre). El caso es que los recurrentes de amparo desatendieron la instrucción sobre recursos de la Sentencia de la Audiencia Nacional y, con ello, hicieron pervivir la vía ordinaria de reparación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales. De esta forma, el recurso de amparo presentado no cumplía los requisitos exigidos por la LOTC para su admisión.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Contenido de los Estatutos de Autonomía: límites al reconocimiento estatutario de derechos (artículos 139.1, 147.2, 149.1.1, 149.1.22 CE)

La importante STC 247/2007, de 12 de diciembre, analiza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra el artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Este artículo reconoce el derecho de los valencianos a “disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad”. Este derecho se concreta en dos fórmulas más específicas: el “derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad”, y el “derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales”.

En la Sentencia existe una fuerte desproporción entre la naturaleza muy concreta del objeto del proceso y la amplitud de los argumentos empleados por el Tribunal, que realiza un largo excurso sobre los principios de la organización territorial del Estado (unidad, autonomía, solidaridad, igualdad y lealtad constitucional) y sobre la naturaleza y funciones de los Estatutos de Autonomía. Por lo tanto, la Sentencia admite una doble lectura: como respuesta a un concreto recurso interpuesto contra el Estatuto de Valencia y, más probablemente, como anticipo de la doctrina constitucional que presumiblemente servirá para resolver los recursos que se están tramitando contra otras reformas estatutarias. En este segundo plano se centran las principales discrepancias que plantean los cinco **Votos Particulares** (Magistrados: Vicente

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Roberto García-Calvo, Jorge Rodríguez-Zapata y Ramón Rodríguez Arribas).

La cuestión nuclear que aborda la Sentencia es si el reconocimiento de derechos puede formar parte del contenido posible de los Estatutos de Autonomía. El Tribunal sostiene que el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos incluye tanto aquellas disposiciones que la Constitución prevé expresamente (el contenido mínimo o necesario enunciado en el artículo 147.2 CE y el contenido adicional al que se refieren las remisiones que la Constitución realiza a los Estatutos) como aquellas otras referencias que son un “complemento adecuado” por su conexión con la “regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma”.

El punto posiblemente más delicado de la Sentencia se encuentra en la distinción que se hace entre los derechos que inciden en la organización de las instituciones autónomas propias [artículo 147.2.c) CE] y los derechos relacionados con la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma [artículo 147.2.d) CE]. En el primer grupo se incluyen los derechos de participación y acceso a los cargos públicos. El argumento que determina la posible existencia de verdaderos derechos subjetivos en este ámbito es que la Constitución reconoce a los Estatutos de Autonomía la capacidad para ordenar la organización y funcionamiento de sus Cámaras legislativas dentro del marco constitucional. La configuración de las instituciones de autogobierno conlleva necesariamente el reconocimiento de algunos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa.

Por el contrario, el derecho al agua que regula el artículo 17 del Estatuto valenciano se vincula con el ejercicio del autogobierno y el diseño de políticas propias en materia de aprovechamientos hidráulicos, agricultura y medio ambiente. Según la Sentencia, los Estatutos no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en el ámbito del artículo 147.2.d) CE. Tan sólo podrán imponer “mandatos al legislador y al resto de poderes públicos de la Comunidad Autónoma”. El Tribunal concluye que este tipo de preceptos estatutarios que declaran derechos a favor de los particulares han de entenderse, con independencia de su tenor literal, como “mandatos, orientaciones u objetivos” que requieren de la colaboración del legislador autonómico para adquirir plena eficacia. Esta interpretación salvaguarda, según la Sentencia, “el sustrato de igualdad general en todo el territorio nacional de los derechos regulados en la Constitución” y “las competencias que la misma atribuye al Estado” (FJ 15°).

Los **Votos Particulares** consideran que esta doctrina resulta en exceso ambigua y sostienen que la Sentencia debió afirmar con mayor rotundidad que las declaraciones de derechos de los Estatutos vulneran los artículos 139.1 y 147.2 CE. Se defiende que la regla general debe ser la no viabilidad de la inclusión de derechos en los Estatutos y sólo se admite como excepción la posibilidad de que se establezcan derechos subjetivos en caso de remisión constitucional expresa (artículo 3.2 CE para las lenguas autonómicas) o de conexión con la regulación de las instituciones autónomas propias [artículo 147.2.c) CE]. Las declaraciones estatutarias de derechos incurren, según el Magistrado Vicente Conde, en un vicio de inconstitucionalidad y son nulas, sin que sea posible su conversión –por vía interpretativa– en criterios o directrices para el ejercicio de las competencias autonómicas.

En relación con el caso concreto, el TC destaca que el tenor literal del artículo 17 del Estatuto de la Comunidad Valenciana condiciona la eficacia de estos derechos a la ley (“de acuerdo con la

Constitución y la legislación estatal” y “de acuerdo con la Ley”). Además, el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía dispone que “mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales”, que contendrá el conjunto de derechos y principios que deben informar la actuación pública de la Generalitat. La Sentencia concluye que el artículo 17 del Estatuto no establece derechos ejercitables de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional, sino que contiene “directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos”. Por este motivo, la Sentencia concluye que este precepto no desborda el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía. La Sentencia descarta asimismo que el precepto invada las competencias estatales en materia de aprovechamientos hidráulicos (artículo 149.1.22 CE). Se niega toda eficacia de este derecho frente al Estado, pues el TC afirma que el Estatuto establece, en este punto, “obligaciones meramente hipotéticas” por estar sometidas a lo que disponga la legislación estatal.

En el fallo de la Sentencia se desestima el recurso de inconstitucionalidad. El Magistrado Javier Delgado considera que hubiera sido preferible hacer ostensible en el propio fallo la carencia de virtualidad jurídica del artículo 17.1 del Estatuto valenciano. Sostiene que el “derecho al abastecimiento de agua” no altera el contenido del artículo 45 CE, de suerte que el legislador autonómico sigue directamente vinculado al objetivo constitucional de la utilización racional de los recursos naturales “sin la intermediación del precepto estatutario”.

Discrepa el Magistrado Vicente Conde de la naturaleza jurídica que la Sentencia atribuye al artículo 17.1 del Estatuto valenciano. Sostiene que el sentido literal del precepto (“se garantiza el derecho”), su estructura normativa y su ubicación sistemática (dentro del Título II, “De los derechos de los valencianos y valencianas”) indican que el Estatuto está reconociendo un derecho subjetivo y no un objetivo de la actuación de los poderes públicos. La declaración de un derecho de esta naturaleza en una Ley Orgánica vincula necesariamente al legislador estatal a la hora de regular el tratamiento de los sobrantes de cuencas excedentarias, por lo que aboga por declarar la inconstitucionalidad del precepto.

La Sentencia contiene algunos *obiter dicta* que guardan una relación muy débil con el precepto del Estatuto de Autonomía cuya constitucionalidad se enjuicia en este caso. Por ejemplo, se reflexiona sobre si el legislador estatutario puede interpretar las reglas constitucionales de distribución de competencias. El Tribunal afirma –siguiendo a la STC 76/1983 (caso LOAPA)– que el legislador, estatal o autonómico, tiene vedado realizar una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de distribución de competencias con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos. En cambio, matiza que el Estatuto de Autonomía, en cuanto que es norma estatal, puede delimitar las competencias estatales y autonómicas, incidiendo en el alcance de las primeras. El límite que se establece es que el Estatuto “no puede en ningún caso quebrantar el marco del artículo 149.1, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución” (FJ 10°).

Otro tema importante que se toca de forma incidental es la relación entre el Estatuto y el resto de leyes orgánicas. La Sentencia distingue entre la validez y la eficacia de los Estatutos de Autonomía y sostiene que sólo la Constitución es el único parámetro para enjuiciar la validez de

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

los Estatutos. El Tribunal no concreta cuál sería la consecuencia en el caso de que se planteara una colisión entre el contenido de un Estatuto y la reserva material que realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas (Poder Judicial, Fuerzas y cuerpos de seguridad y Financiación de Comunidades Autónomas). Tan sólo advierte de que “será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la norma estatutaria” (FJ 6º).

El Voto Particular del Magistrado Vicente Conde reclama una mayor claridad y considera que la Sentencia debió señalar expresamente que es motivo de invalidez el hecho de que un Estatuto de Autonomía contenga una regulación que incida en el área reservada a una Ley Orgánica.

La **STC 249/2007, de 13 diciembre**, reproduce la misma argumentación en relación con un recurso sustancialmente idéntico presentado por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha contra el artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

B) Suficiencia financiera y Ley de Presupuestos: no existe un derecho de las Comunidades Autónomas a recibir una determinada financiación, sino a que la suma global de los recursos se reparta respetando los principios de solidaridad y coordinación

La **STC 237/2007, de 8 noviembre**, desestima el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con la cuantía del “fondo de suficiencia” —que cubre la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y su capacidad fiscal— en la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2004. El TC considera que el Gobierno autonómico no acredita que la Ley de Presupuesto haya aplicado de forma incorrecta los criterios fijados en los artículos 13 de la LOFCA y 15 de la Ley 21/2001.

La Sentencia también señala que el recurso de inconstitucionalidad no puede servir para calcular los ingresos a que tiene derecho una determinada Comunidad Autónoma, “reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de acuerdo entre las instancias políticas”. Se insiste —citando las SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5º y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3º (comentadas en JA, núm. 36)— en que “no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación”.

En el mismo sentido, la **STC 238/2007, de 21 noviembre**, niega la relevancia constitucional de las objeciones planteadas por la Junta de Andalucía frente al cálculo de la participación de esta Comunidad Autónoma en el fondo de compensación interterritorial. Según la Sentencia, no puede atribuirse alcance constitucional a la eventual divergencia entre la ley recurrida (Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2002) y la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, “pues dicha norma legal no entra en el catálogo de normas que, de conformidad con el artículo 28.1 LOTC, pueden constituir el canon de constitucionalidad”. El TC declara que sólo entraría a conocer de la contradicción entre la Ley de Presupuestos y la Ley del Fondo de Com-

pensación en el caso de que se viera afectado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. En relación con el caso concreto, niega que exista divergencia entre ambas Leyes.

Tampoco se atribuye ninguna relevancia a la existencia de una discrepancia entre la cifra de la inversión pública que se toma como base de cálculo del Fondo de Compensación Interterritorial y la que resulta de la suma de las secciones presupuestarias correspondientes al capítulo IV. El motivo de la falta de correspondencia entre ambas cifras es que la cantidad prevista en el proyecto de Ley suele modificarse durante el procedimiento de “examen, enmienda y aprobación” por las Cortes Generales. Según la Sentencia, dicho desajuste carecerá de trascendencia constitucional en tanto en cuanto la cuantía de la dotación al Fondo de Compensación Interterritorial prevista en el instrumento presupuestario no sea inferior al 30 por 100 de la cifra de la inversión pública aprobada definitivamente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

Tampoco se aprecia vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), porque el desfase entre la cifra de inversión pública a efectos del cálculo del Fondo y la que figura en otras secciones no genera en sus destinatarios –las Comunidades Autónomas– una incertidumbre insuperable acerca de la conducta que deban adoptar. El Gobierno de la Nación comunica con antelación a las Comunidades Autónomas la cifra que, de conformidad con sus previsiones, va a constituir la base de cálculo del Fondo de Compensación Interterritorial.

Los Votos Particulares que formulan los Magistrados Vicente Conde y Jorge Rodríguez-Zapata coinciden con la *ratio decidendi* y el fallo de la Sentencia. Únicamente discrepan con parte de la doctrina contenida en el Fundamento Jurídico 4º. En concreto, se distancian del siguiente párrafo: “lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar, con su desconocimiento, situaciones de inseguridad jurídica contrarias al artículo 9.3 CE”. En los Votos Particulares se sostiene que la Ley de presupuestos generales del Estado, si se ajusta a sus limitaciones constitucionales, puede, tanto modificar, como desconocer la regulación de otras leyes precedentes.

La **STC 248/2007, de 13 diciembre**, utiliza los mismos argumentos para desestimar el recurso presentado por la Junta de Andalucía contra las cuantías fijadas para el fondo de suficiencia en la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2003.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
MARÍA DÍAZ CREGO

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

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

Humanos. A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH): Derecho a la vida y alcance de las obligaciones positivas de los Estados parte en relación con los detenidos. B) Disolución de una manifestación con vulneración de los artículos 3 y 11. Un estándar muy poco permisivo de la utilización de la fuerza. C) Detención en un hospital psiquiátrico contraria al artículo 5.1. D) Derecho a un proceso equitativo: artículo 6 CEDH.

a) Derecho a acceder a un tribunal y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español. b) Igualdad de armas en el proceso e información a los miembros del jurado del modo en que se desarrollan las vistas. c) Derecho a un juicio justo y excepciones a la publicidad del enjuiciamiento. E) Derecho a la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH. a) La imputación de hechos delictivos presuntamente cometidos contra un familiar puede vulnerar el derecho a la vida familiar. b) Derecho a las visitas conyugales de los presos y solicitudes de inseminación artificial. c) Derecho de un preso a asistir al funeral de su padre. d) Límites temporales inflexibles a las acciones de investigación de la paternidad e) Denegación del permiso de residencia y expulsión de extranjeros por razones de seguridad nacional. f) Criterios para la expulsión de extranjeros condenados y riesgo de reincidencia. g) Derecho al respeto de las comunicaciones (artículo 8 CEDH): La confiscación de documentos y bases de datos de un abogado puede violar el derecho al secreto de las comunicaciones del abogado y sus clientes. F) Libertad de pensamiento, conciencia y religión: artículo 9 CEDH. a) La concesión de un permiso de residencia que prohíba el desarrollo de actividades religiosas vulnera la libertad de religión de un sacerdote. b) Una decisión, escasamente persuasiva, en la que el tribunal concluye que no hay violación de los artículos 8, 9 y 14 por atribuir la custodia de los hijos al padre, al considerar que la decisión no se basa en la religión de la madre. G) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH. a) Clausura de una televisión durante 6 meses contraria

al artículo 10, pero que no da lugar a indemnización económica. b) Dos casos de protección de fuentes de la información de un periodista. c) Dos casos de declaraciones de candidatos electorales condenados contra el artículo 10 del CEDH. d) La sanción por un delito de difamación no es contraria a la libertad de expresión si esta libertad se utiliza para imputar hechos graves sin un mínimo probatorio. e) No concesión de una autorización a una emisora religiosa y libertad de expresión. f) Falta de pertinencia y suficiencia de los motivos invocados por las autoridades suizas para prohibir la difusión de un anuncio televisivo. H) Derecho a no ser discriminado (artículo 14 TEDH).

a) Política educativa y discriminación indirecta. b) Discriminación por nacionalidad contraria al artículo 14 en relación con el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo 1º. I) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1º). a) Límites medioambientales crecientes y severos al *ius aedificandi*, rechazándose las solicitudes de indemnización. b) Vulneración del principio de legalidad por expropiaciones indirectas.

J) Derecho a la instrucción: artículo 2 del Protocolo 1º al CEDH. a) Educación religiosa obligatoria y derecho de los padres a que sus hijos reciban educación conforme a sus convicciones ideológicas y religiosas. K) Derecho a elecciones libres; La disolución de un partido político no alcanza a la pérdida del mandato parlamentario (artículo

3 del Protocolo 1º). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Los Derechos

estatutarios como mandatos para el legislador autonómico. B) El ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros no puede condicionarse a la residencia

(artículo 13 CE). C) Derecho a la igualdad (artículo 14 CE): discriminación por razón de sexo. Ausencia de fundamento y perjuicio de carácter discriminatorios. D) Derecho a

la integridad física (artículo 15 CE). La falta de investigación de supuestos malos tratos a un detenido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho

a la integridad. E) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). Informaciones transmitidas por órganos de la Administración Pública. F) Libertad de expresión e ideológica (artículos

20.1 y 16 CE): es constitucionalmente legítimo difundir ideas que nieguen el genocidio.

G) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). a) La exigencia jurisprudencial de conexión con algún interés español para que opere el principio de justicia universal consagrado en la ley sin condicionantes expresos es una interpretación lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción. b) La denegación de personación en un procedimiento de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

reejecución sobre ilegalización de un partido político a un grupo parlamentario cuya disolución era ya firme no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción. c) Extranjería: condicionar la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros a su residencia legal es contrario al artículo 24. CE. d) Extranjería: La ejecutividad inmediata de las expulsiones administrativas preferentes, de carácter sancionador, no es contraria al artículo 24.1 CE al no excluir la tutela judicial cautelar. e) Lesión del derecho a no sufrir indefensión que impide el ejercicio de funciones representativas (artículos 24.2 y 23.2 CE).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Derecho a la igualdad (artículo 14 CE): deportista de nacionalidad rusa. B) Derecho a la intimidad de domicilio (artículo 18 CE): ruidos procedentes del servicio de limpieza municipal. C) Derecho a acceder a cargos públicos y motivación. a) Función constitucional del CGPJ y nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo. b) Necesidad de valoración de los méritos de los candidatos. D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). E) Derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE). F) Libertad de empresa (artículo 38 CE): la libertad de empresa no tiene eficacia horizontal. G) Extranjeros y expulsión de territorio nacional.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias dictadas entre el 1 de octubre al 15 de noviembre de 2007, con un total de 228 resoluciones. Cabe destacar, por su interés, el asunto *De la Fuente Ariza c. España*, en que se estima que la actuación del Tribunal Constitucional en sendas y sucesivas decisiones de inadmisión de recursos de amparo contra una denegación de prueba resulta contraria al CEDH. De igual modo, presentan interés por cuanto delimitan su ámbito, las Sentencias dictadas en relación a la libertad religiosa y a la libertad de expresión, que se examinan en los apartados F) y G). Finalmente, detectamos una línea muy garantista en relación a los derechos de los presos, en Sentencia dictada por la Gran Sala por 12 votos a cinco, el caso *Dickson* contra el Reino Unido, en la que siguiendo la línea de la Sentencia del caso *Hirst* en la que se niega el automatismo entre pena de privación de libertad y exclusión del derecho de sufragio, recuerda que los presos continúan siendo titulares de los derechos garantizados por el Convenio Europeo menos la libertad personal.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, se analizan las Sentencias dictadas los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, es decir, el cuarto trimestre del año pasado.

Entre éstas destaca, por su trascendencia, la STC 247/2007, por ser la primera en la que se analizan las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía y la configuración de los derechos estatutarios como mandatos para el legislador autonómico, estableciendo criterios en la determinación del ámbito y alcance de los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía, Sentencia que cuenta con numerosos Votos particulares. También cabe destacar la STC 236/2007 sobre el ejercicio de derechos por los extranjeros, y en la que declara la independencia de dicho ejercicio del condicionamiento legal de la regularidad de la situación del extranjero.

Finalmente, se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias dictadas entre el 31 de octubre al 31 de diciembre de 2007, entre las que nos encontramos la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que da un paso más en la delimitación de las funciones del CGPJ y anula los nombramientos de dos Magistrados de la Sala de lo Social por su falta de motivación estableciendo los criterios y aspectos que han de valorarse en los candidatos.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo, como es habitual, el orden de los artículos del Convenio, consideramos de interés las siguientes Sentencias:

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH): Derecho a la vida y alcance de las obligaciones positivas de los Estados parte en relación con los detenidos

En el asunto *Saoud c. Francia*, de 9 de octubre de 2007, el TEDH condena a Francia por vulneración del derecho a la vida y el derecho a un proceso equitativo de los representantes de un detenido. En este asunto, el TEDH se centra en analizar, esencialmente, si la muerte de un detenido por “asfixia posicional” tras ser inmovilizado por la policía francesa y permanecer durante 35 minutos en posición de “decúbito ventral” puede considerarse una vulneración del derecho a la vida. El TEDH analiza, para determinar esta cuestión, el alcance del párrafo 2 del artículo 2 del CEDH, párrafo que señala que la muerte de una persona no se considerará infringida en violación del derecho a la vida si se produce como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario para lograr alguno de los tres objetivos indicados en el precepto. El TEDH interpreta este precepto señalando que no permite infligir la muerte de forma deliberada, sino recurrir a la fuerza con resultado involuntario de muerte en determinadas circunstancias. El recurso a la fuerza ha de ser, señala el TEDH, absolutamente necesario, de forma que el test de proporcionalidad será mucho más estricto e imperioso que en los casos en que ese test se aplica para analizar la intervención del Estado sobre los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del CEDH.

Aplicando esta jurisprudencia, el TEDH subraya que la muerte del detenido se encuadra en dos de los supuestos previstos en el párrafo 2 del artículo 2 CEDH, la defensa de una persona

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contra una agresión ilegítima y la detención de una persona conforme a Derecho, ya que el detenido estaba agrediendo a su madre y sus hermanas en el apartamento en el que vivía la familia cuando fue inmovilizado por la policía francesa. Además, subraya el TEDH, la fuerza empleada por la policía en la detención fue absolutamente necesaria para inmovilizar al sujeto en la medida en que la policía intervino sin ningún tipo de arma y el sujeto, que portaba un bate de béisbol y una barra de acero, fue capaz de causar varias heridas a miembros del cuerpo policial. A pesar de ello, el TEDH señala que sí se produjo una violación del derecho a la vida, pero no como consecuencia de la forma en que se realizó la detención, perfectamente adecuada a lo previsto en el artículo 2.2 CEDH, sino como consecuencia del actuar posterior de la policía francesa. Tras la inmovilización del detenido, éste permaneció con las manos y las piernas atadas y boca abajo durante 35 minutos, en una posición desaconsejada por facilitar la muerte por asfixia postural o posicional. A ojos del TEDH, la falta de atención al detenido durante todo ese período, agravada por la posición en que se encontraba y porque era un enfermo que sufría esquizofrenia, dato que conocía la policía, vulneró el derecho a la vida del detenido, en la medida en que la policía francesa no cumplió así con la obligación positiva de proteger la salud y la vida de los detenidos que pesa sobre las autoridades estatales, según jurisprudencia reiterada del TEDH.

B) Disolución de una manifestación con vulneración de los artículos 3 y 11. Un estándar muy poco permisivo de la utilización de la fuerza

En *Balçık y otros contra Turquía*, de 29 de noviembre, los recurrentes participaron en una pequeña manifestación en Estambul —46 personas— para protestar contra un determinado tipo de prisiones, leyendo un manifiesto y cortando el tranvía. La policía les solicitó que se disolvieran por el carácter ilegal de la manifestación al no haber sido comunicada a las autoridades. Ante su negativa son dispersados utilizando porras y gases lacrimógenos. Son arrestados y se les realiza un examen médico constatando que uno de ellos tiene magulladuras en los dos brazos y un torcedura en un pie, y el otro un desgarrón de 4 centímetros en la región parietal izquierda. Permanecen detenidos un día. Son acusados de tomar parte en una manifestación ilegal y absueltos al considerar el tribunal que la lectura de un comunicado de prensa es un derecho constitucional y que no se puede asegurar que la orden de dispersión fuera oída por todos los manifestantes.

La Corte considera que corresponde al Gobierno demostrar de manera convincente que la fuerza utilizada no era excesiva, y que no lo ha hecho en el presente caso, ya que ningún elemento sugiere que los manifestantes constituían un peligro para el orden público, y que, en consecuencia, el Gobierno no ha aportado argumentos convincentes y creíbles para justificar el grado de fuerza utilizado, vulnerando el artículo 3 del Convenio, y con relación al artículo 11, que no hay evidencia de que el grupo constituyera un peligro para el orden público, y que a pesar de que no habían comunicado previamente su celebración, la policía sabía que la manifestación iba a tener lugar y podría haber adoptado medidas preventivas, por lo que afirma que la intervención es desproporcionada, no necesaria para la protección de la seguridad pública, en el sentido del artículo 11, y que se ha vulnerado también el derecho de manifestación. El tribunal concluye que estas declaraciones son satisfacción equitativa suficiente y excluye la indemnización.

C) Detención en un hospital psiquiátrico contraria al artículo 5.1

David contra Moldavia, de 27 de noviembre. En 1987 el recurrente es considerado culpable de criticar a las autoridades de la Unión Soviética, declarado enfermo mental e ingresado en un psiquiátrico. En 1990 se anula su condena. Inicia un procedimiento en el año 2004 solicitando una compensación económica, alegando, entre otras cosas, que continúa teniendo problemas de conducta como consecuencia de su estancia en el manicomio.

Llamado a un examen médico, el 4 de abril de 2005, se le priva de todas sus pertenencias y es hospitalizado junto a un grupo de personas con problemas mentales, limitándose su libertad de movimientos. Como consecuencia de las condiciones del hospital enferma de bronquitis. Solicita ir a su casa a recoger ropa y medicinas pero no se le permite. Durante ese tiempo no pudo ser visitado ni hablar por teléfono. Se le deja abandonar el hospital el 29 del mismo mes con un certificado de que había sufrido en sus condiciones mentales pero que su capacidad de razonamiento no había sido afectada. La Corte considera que a partir del momento en que el recurrente solicitó abandonar el hospital se trata de una detención contraria a la ley y arbitraria, con vulneración del artículo 5.1

D) Derecho a un proceso equitativo: artículo 6 CEDH**a) Derecho a acceder a un tribunal y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español**

En el **asunto De la Fuente Ariza c. España, de 8 de noviembre de 2007**, el TEDH se plantea si vulnera el derecho a un proceso equitativo, en su vertiente de derecho a acceder a los tribunales, la decisión del Tribunal Constitucional español (TC, en adelante) de inadmitir el recurso de amparo interpuesto por el demandante contra la decisión de un tribunal de instancia de inadmitir parte de las pruebas propuestas en un litigio. El TC desestimó el recurso debido a que el recurrente no interpuso un recurso de súplica contra la decisión inicial del tribunal de instancia y, por tanto, no había agotado todas las vías internas de recurso posibles. Sin embargo, el demandante considera que la decisión del TC vulneró su derecho a acceder a los tribunales (artículo 6 CEDH), en la medida en que la decisión del tribunal de instancia que inadmitió las pruebas propuestas indicaba, claramente, que contra esa decisión no cabía recurso alguno. A pesar de ello, el recurrente interpuso un recurso de amparo, que fue inadmitido por el TC por considerarlo prematuro, al no haberse concluido el procedimiento principal. Una vez concluido el procedimiento principal, el recurrente vuelve a interponer el amparo, con el resultado arriba indicado.

El TEDH considera que, en el caso objeto de estudio, se ha vulnerado el derecho a acceder a los tribunales y ello, por cuanto, la intromisión en el derecho fundamental no cumple los requisitos previstos por su jurisprudencia para considerarse legítima, esto es, perseguir un fin legítimo y ser proporcional. Efectivamente, no puede considerarse proporcional, a ojos del TEDH, la desestimación del recurso de amparo del demandante en la medida en que la decisión del tribunal de instancia especificaba claramente que no cabía recurso alguno contra

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ésta y en la medida en que el propio TC no señaló la posibilidad de interponer el recurso de súplica en la resolución del primero de los recursos de amparo interpuestos.

b) Igualdad de armas en el proceso e información a los miembros del jurado del modo en que se desarrollan las vistas

En el asunto **Corcuff contra Francia**, de 4 de octubre de 2007, el TEDH analiza si la práctica desarrollada por la *Cour d'assises* francesa de informar a los miembros del jurado de cada asunto de cómo se desarrollará el procedimiento con la ayuda de un miembro del Ministerio Fiscal y de un abogado defensor, es contraria a la igualdad de armas en el proceso, entendida como la posibilidad que ha de tener cada parte en un proceso de defender su posición en condiciones que no le sitúen en una situación de desventaja frente a su adversario. El TEDH considera que la práctica indicada no sitúa a los procesados en ninguna situación de desventaja, en la medida en que esas sesiones van dirigidas, únicamente, a explicar el desarrollo del proceso a los miembros del jurado y no a informarles de las características o los delitos que presuntamente han cometido las personas a las que van a juzgar.

c) Derecho a un juicio justo y excepciones a la publicidad del enjuiciamiento

En **Volkov contra Rusia**, de 4 de diciembre de 2007, enjuicia un caso de denuncia de lesión del derecho a la publicidad del enjuiciamiento como garantía contenida dentro del derecho a un juicio justo. El TEDH recuerda su doctrina general, según la cual la publicidad de los procedimientos judiciales es un medio al servicio de mantener la confianza en los tribunales al “rendir la administración de justicia visible” y constituye un principio que integra el derecho a un juicio justo (Caso Pretto y otros contra Italia). Y hay una alta expectativa de publicidad en los procesos penales aunque afecten a individuos peligrosos y se susciten problemas de seguridad; si bien puede haber excepciones. El actor fue condenado por asesinato, después de acusarle la policía de disparar a dos personas y herir a otras dos. Denunciaba que fue sentenciado en un juicio donde el Tribunal siguió innecesariamente la vista *in camera* o juicio a puerta cerrada. La decisión discutida se tomó tras recibir el órgano juzgador la petición del principal testigo —la viuda de la víctima— quien se sentía amenazada por la presión del público.

El TEDH reconoce que las razones expuestas por el tribunal ruso eran crípticas y que hubiera sido preferible que el Tribunal nacional se explicara con mayor detalle. Sin embargo, desestima la demanda porque la decisión de declarar secretas las actuaciones judiciales estaba prevista en la ley, que admitía excepciones a la publicidad, y se fundó en la petición de un importante testigo que era además la viuda, subrayando que el actor tuvo además oportunidad de oponerse a esta petición y contradecir los argumentos.

E) Derecho a la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH

a) La imputación de hechos delictivos presuntamente cometidos contra un familiar puede vulnerar el derecho a la vida familiar

En el asunto **Sánchez Cárdenas contra Noruega**, de 4 de octubre de 2007, el TEDH considera violado el derecho a la vida familiar de un padre que, en el transcurso del proceso en el que

se determinaba el alcance del derecho de visita sobre sus hijos, hubo de escuchar cómo el tribunal nacional hacía referencia a los posibles abusos sexuales que él habría inflingido a uno de sus hijos como uno de los motivos por los que se rechazaban los encuentros familiares. En concreto, el tribunal nacional hizo expresa referencia a la descripción detallada de los abusos sexuales que habría sufrido el niño a manos de su padre y al rechazo del menor a permanecer con él, aunque esas denuncias habían sido convenientemente investigadas antes del procedimiento y fueron archivadas.

El TEDH estima que, efectivamente, las referencias realizadas por el tribunal nacional atentaron contra el derecho a la vida familiar del demandante, al imputarle un hecho delictivo muy grave en relación con uno de sus hijos. Además, destaca el TEDH que la intromisión en tal derecho no podía considerarse legítima, en cuanto pese a que perseguía un objetivo legítimo, la defensa de los derechos del menor, no era necesaria. Efectivamente, subraya el TEDH, el tribunal nacional no pudo utilizar semejantes denuncias, ya investigadas y archivadas, para decidir sobre el asunto, tal y como el propio juez indica en su sentencia. Resulta evidente, por tanto, destaca el TEDH, que la intromisión en la vida familiar del demandante no era, en ningún caso, necesaria. Si el tribunal nacional hubiera deseado tener en cuenta semejantes datos podría haber reabierto el asunto penal, pero, en ningún caso, debería haber actuado tal y como lo hizo, esto es, haciendo referencia al asunto, pero sin tomar medidas claras al respecto.

b) Derecho a las visitas conyugales de los presos y solicitudes de inseminación artificial

Es importante la doctrina general, muy garantista, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por los presos que se contiene en el **Caso Dickson contra el Reino Unido, de 4 de diciembre de 2007**, sentencia dictada por una Gran Sala por 12 votos a cinco. El TEDH, al igual que sostuvo en el Caso Hirst contra el Reino Unido, que negó el automatismo entre pena de privación de libertad y exclusión del derecho de sufragio, recuerda que los presos continúan siendo titulares de los derechos garantizados por el Convenio Europeo menos la libertad personal.

Se resuelve un litigio en el cual una pareja de presos contrajo matrimonio después de salir ella de la cárcel en 2001. El marido estaba condenado por asesinato a pena vitalicia y no tenía expectativas de ser liberado hasta 2009. Como deseaban tener un hijo común, pidieron se le practicara a la mujer una inseminación artificial. El Secretario de Estado correspondiente rechazó la pretensión invocando los criterios establecidos en un acuerdo sobre la política general a seguir en este tema; decisión que fue confirmada por las autoridades nacionales; en concreto, se sostuvo, como fundamento, la larga duración de la condena que impedía que el padre cuidara al niño, la elevada edad de la madre (51 años), la seriedad de los delitos por los que había sido condenado el padre, que ya tenían tres hijos por separado, y, en particular, la confianza de las instituciones en el sistema penitenciario.

La Corte Europea entiende de aplicación el artículo 8 CEDH y estima la demanda por no haberse efectuado una adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto que satisfaga un juicio de proporcionalidad. No hay lugar bajo el Convenio, —que afirma el reconocimiento de la tolerancia y la amplitud de pensamiento como virtudes propias de las

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sociedades democráticas—, para poder privar de derechos fundamentales a los presos basándose puramente en que ciertas decisiones puedan ofender a la opinión pública o minar la confianza en el sistema penitenciario. Además la invocación de la protección de los niños, no se debe olvidar que la madre estaba libre y podía cuidar del niño hasta que el marido fuera liberado.

Es significativo que suman como fuentes externas en el parámetro de decisión al CEDH: el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que los sistemas penitenciarios deben permitir la rehabilitación social y las Reglas sobre las Prisiones Europeas de 1987 y 2006.

Existe un cierto margen de apreciación nacional en esta materia como invoca el Gobierno británico, pero dada la conexión de los hechos, la paternidad genética, con la dignidad de las personas ese margen debe ser reducido. A mayor abundamiento, hay un amplio consenso en Europa en este tema, pues más de la mitad de los Estados signatarios del Convenio autorizan visitas conyugales a los presos, una medida que puede considerarse permite facilidades añadidas para la inseminación artificial.

En uno de los dos Votos particulares, el antiguo Presidente Wildhaber y otros señalan que es una contradicción que el TEDH no se haya atrevido todavía a imponer el derecho a la visita conyugal de los presos como una consecuencia de los artículos 8 y 12 CEDH, y, en cambio, tome medidas a favor de la inseminación artificial.

A nuestro juicio, el Tribunal mantiene unas ciertas dosis de contradicción en esta materia, en la línea de lo que los Magistrados disidentes denuncian, pero, a cambio, sostiene una línea de jurisprudencia muy garantista sobre los derechos fundamentales de los presos que debe ser defendida y valorada en sus justos méritos. Es muy remarcable también el rechazo de una actitud más paternalista de las Administraciones sobre los derechos de los presos, actitud que es la propia de una sociedad abierta, y, *a fortiori*, en este caso en que madre, y antigua presidiaria, ya no estaba encarcelada.

c) Derecho de un preso a asistir al funeral de su padre

El **Caso Lind contra Chipre, de 6 de diciembre de 2007**, estima distintas violaciones del Convenio respecto de un interno en prisión preventiva (artículo 5.3 CEDH) a causa del tamaño y condiciones de la celda, la falta de tratamiento médico y otros extremos. En la línea de la sensibilidad hacia los derechos de los presos que muestran las sentencias anteriores, el TEDH considera que viola el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CE) los rechazos de la Administración penitenciaria a la solicitud del preso de despedirse siquiera mínimamente de su padre moribundo y darle luego ocasión de asistir al funeral, invocando como precedentes los **Casos Shenkamper y Sannino**.

d) Límites temporales inflexibles a las acciones de investigación de la paternidad

El **Caso Phinikaridou contra Chipre, de 20 de diciembre de 2007**, analiza la adecuación al CEDH de los límites temporales para el ejercicio de acciones para la investigación de la paternidad, admite su validez como regla general según había ya aceptado en ocasiones anteriores

(caso Mizzi contra Malta), para salvaguardar los intereses de los presuntos padres frente a posibles injusticias y por razones de seguridad jurídica. Asimismo el TEDH reconoce a los Estados miembros un margen de apreciación nacional en la regulación de esta institución, pues las normas domésticas no son iguales. Pero estima la demanda, por entender que en este caso concreto no había habido una adecuada y justa ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto, pues un rígido límite temporal, inflexible y sin excepciones, en ciertas situaciones no concede oportunidad real de investigar la paternidad.

El actor era un hijo nacido fuera de matrimonio, su madre biológica le abandonó y fue dado más tarde en adopción y criado por su madre adoptiva; justo en el momento de la muerte de la madre biológica, cuando el actor ya tenía 52 años, ella le confesó el nombre de su padre biológico. Cuando el demandante intentó plantear una acción de reconocimiento de la paternidad, el Tribunal correspondiente de Chipre rechazó la demanda aduciendo que era extemporánea, computando el plazo desde el muy rígido *dies a quo* que la ley exigía: el momento en que el niño alcance la mayoría de edad.

A nuestro entender, la sentencia tiene pues una recomendación implícita sobre el momento flexible —y justo— en que las leyes nacionales deban fijar el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones.

e) Denegación del permiso de residencia y expulsión de extranjeros por razones de seguridad nacional

También es importante el **Caso Liu y Liu contra Rusia, de 6 de diciembre de 2007**, sobre prohibición de expulsiones de extranjeros con arraigo familiar en el país, invocando motivos de seguridad nacional, que realmente no se detallan o explicitan por la Administración, de forma que puedan ser convenientemente revisados por las autoridades judiciales nacionales.

Los actores son esposos, vivían en Rusia en la región de Khabarovsk, donde llegaron hace tiempo, y tenían una hija. Las autoridades rusas deportaron al marido a China, basando su decisión en una ley que, con una muy amplia discrecionalidad, permite a la Administración denegar el permiso de residencia y expulsar a los extranjeros por motivos de seguridad nacional. La policía no dio realmente razones para rechazar el permiso de residencia del primer actor y tampoco facilitó información y documentación a los tribunales internos que revisaron la decisión, invocando la seguridad nacional. La falta de argumentación de la decisión de expulsión y la ausencia de un verdadero escrutinio judicial llevan al TEDH a estimar violado el Convenio.

Es éste un episodio más de una larga y preocupante cadena de actuaciones administrativas irregulares en Rusia: extravagantes a las garantías del Convenio.

f) Criterios para la expulsión de extranjeros condenados y riesgo de recidiva

El **Caso Chair y J.B. contra Alemania, de 6 de diciembre de 2007**, revisa un supuesto de expulsión de un extranjero con arraigo familiar a Marruecos, donde nació y de donde salió

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en 1987, y advierte una violación del derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH). El actor llegó a obtener un doctorado en química y a trabajar como profesor en una Universidad alemana, y contrajo matrimonio con una alemana con la que asimismo tuvo una hija. Pero fue condenado por violación de una alumna. El psicólogo de la prisión sostuvo que, el actor estaba influido por su educación tradicional y machista en Marruecos, y que su idea de la masculinidad era muy peculiar, pero que estaba dispuesto a cambiar y a abandonar el alcoholismo y a asistir a reuniones de alcohólicos anónimos. Pero poco después de abandonar la cárcel fue expulsado a Marruecos por la autoridad municipal.

El TEDH recuerda que en estos casos de expulsión su tarea debe consistir en asegurarse de que las autoridades nacionales han alcanzado un equilibrio entre el interés general y el derecho al respeto de la vida familiar; y sistematiza con claridad (FJ 224º) los criterios según los cuales la expulsión de un extranjero puede considerarse una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática: la naturaleza y seriedad de la ofensa cometida, la duración de la estancia en el país que le expulsa, el tiempo transcurrido desde que cometió la ofensa y la conducta durante ese tiempo, la nacionalidad de las diversas personas afectadas, la situación familiar, si la esposa conocía la ofensa cuando inició la relación, si ha habido hijos en el matrimonio, las dificultades que la esposa puede encontrar en el país al que se le expulsa. Y posteriormente la Corte aplica estos criterios, valorando las consecuencias para la pequeña hija, pero dada la seriedad del delito de violación, no se puede enteramente rechazar el riesgo de recidiva, y rechaza en consecuencia una violación del artículo 8.

g) Derecho al respeto de las comunicaciones (artículo 8 CEDH): La confiscación de documentos y bases de datos de un abogado puede violar el derecho al secreto de las comunicaciones del abogado y sus clientes

En el asunto *Wieser y Bicos Beteiligungen GMBH contra Austria*, de 16 de octubre de 2007, el TEDH condena a Austria por vulnerar el derecho al respeto de la correspondencia de un abogado y uno de sus clientes, un *holding*. En este asunto, las autoridades austríacas, previa autorización judicial, entraron en el domicilio del abogado demandante y tomaron una serie de documentos y bases de datos electrónicas. El TEDH señala que, a pesar de que el TEDH protege tanto a las personas jurídicas, como a los abogados frente a una eventual intromisión en su derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8 CEDH), el presente asunto sólo afecta a ciertos documentos y a datos electrónicos, de modo que el derecho afectado será el derecho al respeto de la correspondencia. A ojos del TEDH, la intromisión de las autoridades austríacas en el derecho indicado de las dos demandantes sólo podrá justificarse si cumple los requisitos recogidos en el artículo 8.2 CEDH.

De estos requisitos, la previsión legal de la medida y la persecución de un objetivo legítimo no plantean problema alguno, en la medida en que el código procesal austríaco prevé este tipo de investigación y que la realizada sobre las dos demandantes tenía como objeto la investigación de un delito por comercio ilegal de medicamentos. No obstante, señala el TEDH, habrá de analizarse si la medida indicada cumple el requisito de proporcionalidad previsto por el artículo 8.2 CEDH. En este sentido, el TEDH señala que el registro policial llevado a cabo por las autoridades austríacas fue autorizado por un juez de instrucción en el marco de una investigación penal en la que constaban documentos que hacían plausible la participación del *holding*

demandante en un delito por comercio ilegal de medicamentos. Además, señala el TEDH, el registro se llevó a cabo con la presencia del abogado demandante y de un representante del colegio de abogados. No obstante, no todas las garantías previstas por la ley austríaca en la materia fueron respetadas, en la medida en que ni el abogado demandante, ni el representante del colegio, ocupados en controlar los documentos que la policía incautaba, pudieron verificar qué datos grababa la policía. El TEDH considera, por tanto, que el incumplimiento de parte de las garantías que contempla la ley austríaca en el desarrollo del registro provocó la infracción del artículo 8 CEDH, infracción que se agrava en el caso del abogado demandante, en cuanto ésta pudo atentar contra el secreto profesional y afectar a la buena administración de justicia.

F) Libertad de pensamiento, conciencia y religión: artículo 9 CEDH

a) La concesión de un permiso de residencia que prohíba el desarrollo de actividades religiosas vulnera la libertad de religión de un sacerdote

En el asunto **Perry contra Letonia, de 8 de noviembre de 2007**, el TEDH condena a Letonia por vulnerar la libertad de religión de un sacerdote de la iglesia *Morning Star International*, de inspiración evangélica. La vulneración del derecho se derivaría de la renovación limitada del permiso de residencia del sacerdote, de nacionalidad estadounidense. Tras varios años de residencia en el país, el demandante vio renovado su permiso de residencia con la expresa prohibición de desarrollar actividades religiosas en el país.

El TEDH, tras reiterar su doctrina asentada en virtud de la cual el CEDH no reconoce un derecho a entrar y residir en un país del que no se es nacional, señala que esta doctrina no resulta aplicable al caso, en la medida en que el solicitante obtuvo un permiso de residencia, aunque limitado. En este sentido, el TEDH analiza si la renovación limitada del permiso de residencia del demandante puede considerarse una intromisión en la libertad de religión. El TEDH subraya que la libertad de religión comporta un derecho a manifestar la propia religión de forma individual y en privado o de forma colectiva, en público y en el círculo de aquellos que profesan la misma fe. La manifestación de la religión puede producirse, por tanto, a través del culto, la enseñanza, las prácticas religiosas, el desarrollo de ritos y el intento de convencer a terceros, incluso a través de la predicación. Teniendo en cuenta el contenido del derecho, el TEDH subraya que la medida en conflicto supuso una intromisión en la libertad de religión del sacerdote, en cuanto éste había llegado al país con el objeto de crear una comunidad de su confesión y de predicar su fe en el seno de ésta, actividad que le impedía desarrollar el permiso de residencia que le fue concedido.

No obstante, subraya el TEDH, la intromisión puede ser considerada legítima si cumple los requisitos recogidos en el artículo 9.2 CEDH, esto es, si está prevista por la ley, persigue un objetivo legítimo y es necesaria en una sociedad democrática. Siguiendo esta jurisprudencia, el TEDH analiza, en primer lugar, la legalidad de la medida, señalando que la única base legal referida por el gobierno letón para justificar la medida adoptada es el artículo 35.8 de la Ley letona sobre los extranjeros, artículo que se limita a hacer referencia a la posibilidad de rechazar las solicitudes de permiso de residencia a todos los extranjeros que militen en el seno de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

una organización totalitaria, terrorista o que utilice métodos violentos. El TEDH subraya que ese precepto, en ningún caso, permite conceder permisos de residencia limitados y que, por tanto, la base legal señalada no cumple los requisitos de accesibilidad y previsibilidad que el CEDH exige para la restricción de los derechos reconocidos en el CEDH. Procede, por tanto, condenar a Letonia.

b) Una decisión, escasamente persuasiva, en la que el tribunal concluye que no hay violación de los artículos 8, 9 y 14 por atribuir la custodia de los hijos al padre, al considerar que la decisión no se basa en la religión de la madre

En *Ismailova contra Rusia*, de 29 de noviembre, la recurrente alega que la decisión de otorgar al padre la custodia de sus dos hijos estaba basada en su conversión a los “Testigos de Jehová” lo que implica vulneración de los artículos 8, 9 y 14. El Tribunal considera que al contrario de lo que ocurría en el asunto *Palau Martínez*, ya analizado en estas crónicas, no puede afirmarse que los tribunales hayan resuelto el caso única o principalmente sobre la base de la creencia religiosa de la recurrente, sino que dejan claro que los ex cónyuges se encontraban en situaciones muy diferentes desde varios puntos de vista relevantes, como el estatus financiero o las condiciones de la vivienda. Añade que aunque las autoridades nacionales obtienen conclusiones basadas en la incidencia de las creencias religiosas en la educación de los niños, sus razonamientos se centran en el interés de los menores. No en la creencia religiosa de la madre, sino en sus prácticas, como el oficiar en su hogar las bodas de los miembros de su confesión, en las que incluía a sus hijos, por lo que el razonamiento no puede ser considerado arbitrario o irrazonable. Hay un voto particular firmado por 3 jueces en el que afirman que la conclusión de que los jueces nacionales no han adoptado la decisión basándose en las creencias religiosas de la madre es ambigua y carece de justificación suficiente.

G) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH

a) Clausura de una televisión durante 6 meses contraria al artículo 10, pero que no da lugar a indemnización económica

En *Nur Radyo Ve Televizyon Yayincılığı A.Ş. contra Turquía*, de 27 de noviembre, se analiza la sanción, impuesta a una televisión por el Consejo Superior de Radio Televisión, consistente en la clausura de sus emisiones durante seis meses por difundir informaciones contrarias a los principios generales de la Constitución, las reglas democráticas y los derechos de las personas, como consecuencia de diversas emisiones en las que el Presidente de una Fundación religiosa denominada *Mihr* afirmaba que un reciente terremoto era una advertencia de Alá dirigida contra sus enemigos, y que los muertos eran no creyentes víctimas de su impiedad, frente a los adeptos a la comunidad *Mirh* que se habrían salvado. La sanción es confirmada por los tribunales turcos en todas las instancias. La Corte estima que la sanción es desproporcionada y que se ha vulnerado el artículo 10, pero curiosamente afirma que la condena es, en sí misma, suficiente satisfacción y rechaza otorgar una indemnización económica a la compañía.

b) Dos casos de protección de fuentes de la información de un periodista

En *Voskuil contra los Países Bajos*, de 22 de noviembre, el recurrente es un periodista que publica un artículo denominado “¿Golpe de suerte o disparo perfecto? poniendo en duda

el carácter casual del encuentro de un alijo de armas, carácter que había sido aducido en un juicio contra traficantes de armas. El artículo se fundamenta en las dudas expresadas por un policía anónimo. En la apelación del juicio la defensa de los traficantes pide que esa fuente sea llamada a declarar como testigo para comprobar si alguno de los policías que habían intervenido en la operación había estado en contacto con el periodista. Se cita al periodista que alega su derecho a no revelar sus fuentes, se acoge a su derecho a no declarar, y el tribunal ordena su inmediata detención por un período máximo de 30 días. En paralelo se establece a través de una investigación interna que ninguno de los policías que intervinieron en la operación había entrado en contacto con él.

La Corte considera que la protección de las fuentes es una de las condiciones básicas para la libertad de información, y que una medida que obligue a desvelarlas no puede ser adoptada, desde la óptica del artículo 10, a menos que esté justificada por una necesidad superior de interés público. En esta ocasión no puede alegarse el derecho a un proceso debido, en la medida en que “se pudo obtener a través de otros testigos lo que se pretendía”, por lo que no puede afirmarse que el interés del gobierno en conocer la fuente era superior al del recurrente en protegerla, y se han vulnerado los artículos 10 y 5.1, aunque curiosamente rechaza la petición de una compensación equitativa económica.

Por su parte en **Tillack contra Bélgica, de 27 de noviembre**, el recurrente es un periodista alemán del “Stern” destinado en Bruselas, que publica una serie de artículos basados en fuentes confidenciales de la Oficina antifraude europea. La Oficina le imputa haber pagado 8.000 euros a un funcionario a cambio de la información, acusándole de corrupción a un funcionario. Se inicia un proceso en cuyo seno se registra el domicilio y el despacho del periodista. El recurrente considera que esos registros vulneran el artículo 10 del Convenio y en particular el derecho de los periodistas a proteger sus fuentes de información, alegación que es efectivamente acogida, afirmando el Tribunal que el registro es desproporcionado a las circunstancias del caso, y como tal no necesario en una sociedad democrática.

c) Dos casos de declaraciones de candidatos electorales condenados contra el artículo 10 del CEDH

En el asunto **Desjardin contra Francia, de 22 de noviembre**, se trata de un candidato ecologista en unas elecciones locales que, en un acto de campaña, denuncia que el anterior Alcalde había contaminado voluntariamente el agua del pueblo. Es condenado al pago de 1.000 francos en instancia, pero afectado por una amnistía antes de la apelación no llega a haber condena penal. La Corte considera que la declaración es la expresión de las convicciones del recurrente, que, frente a los riesgos para la salud derivados de la mala calidad del agua en un pueblo, considera que la pasividad de las autoridades puede tener los mismos efectos que un acto positivo de contaminación, y que en ese contexto son expresión de un juicio de valor y no declaración de un hecho, que, por otra parte, expuso ante la jurisdicción interna los suficientes elementos como para hacer surgir dudas acerca de la conformidad del agua con las exigencias sanitarias, y que, en fin, se trataba de un candidato electoral actuando en el contexto de una campaña, por lo que concluye que hay vulneración del artículo 10, aunque

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la satisfacción equitativa es fijada en 150 euros. Más problemático en nuestra opinión puede resultar el asunto resuelto en **Filipović contra Serbia, de 20 de noviembre**. El recurrente es Vicepresidente de la sección local del partido democristiano e inspector de hacienda, condenado al pago de una multa por difamación por haber afirmado en una Asamblea local de su partido, celebrada en el Ayuntamiento, que el Alcalde había hurtado 500.000 marcos alemanes, lo que los tribunales consideraron que era falso y que dañaba su reputación y honor.

La Corte tras recordar que el artículo 10 es uno de los fundamentos de una sociedad democrática, que se aplica también a informaciones e ideas que pueden resultar ofensivas, chocantes o molestas... y que los límites de la crítica aceptable son mucho más amplios en el contexto de la lucha política, considera que la expresión se produjo en una reunión cerrada de militantes de su partido, y que no se trata de un ataque gratuito al alcalde porque —y ésta es sin duda la parte más sorprendente de la sentencia porque parece que el TEDH avala esta más que dudosa práctica desde el punto de vista democrático— tenía razones para creer que estaba envuelto en una evasión de impuestos, razones que habría conocido en su condición de Inspector de hacienda, por lo que considera que no es una sanción necesaria en una sociedad democrática y que ha existido vulneración del artículo 10.

d) La sanción por un delito de difamación no es contraria a la libertad de expresión si esta libertad se utiliza para imputar hechos graves sin un mínimo probatorio

En el asunto **Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia, de 22 de octubre de 2007**, el TEDH concluye que la condena de dos escritores y del editor del periódico francés *Liberation* por un delito de difamación no vulnera su libertad de expresión en la medida en que cumple los requisitos exigidos por el artículo 10.2 CEDH, esto es, es una medida prevista legalmente, que persigue un interés legítimo, y que es necesaria en una sociedad democrática. El asunto que se plantea es un asunto curioso: los dos primeros demandantes escribieron un libro muy crítico con la ideología política del Frente Nacional, el partido político dirigido por Jean-Marie Le Pen, llegando a hablar de este último como el “jefe de una banda de asesinos” que incita a “cometer asesinatos a sus adeptos”. El último demandante es condenado, igualmente, por la transcripción en el periódico *Liberation* de aquellas partes del libro que los tribunales franceses habían considerado difamatorias.

Planteado así el asunto, el razonamiento del TEDH se centra, esencialmente, en determinar si la intromisión en la libertad de expresión de los tres demandantes puede considerarse necesaria en una sociedad democrática, en la medida en que no se pone en duda que la medida está prevista legalmente y que persigue un fin legítimo, la protección de los derechos de terceros, en este caso, del derecho al honor. En este sentido, el TEDH recuerda que para apreciar si la medida en litigio es legítima deberá determinar si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes y si la medida es, en sí misma, proporcionada al fin perseguido. A ojos del TEDH, los motivos aducidos por los órganos jurisdiccionales nacionales para sancionar a los demandantes sí fueron pertinentes y suficientes y ello por cuanto la sanción no se debió a la clara opción política manifestada por los autores en su obra, sino al hecho de que ciertos pasajes de ésta atribuían hechos particularmente graves al presidente del Frente Nacional, hechos que se imputaban a este

sujeto sin haber desarrollado la más mínima investigación al respecto. En la misma línea, el TEDH considera proporcionada la sanción penal impuesta a los demandantes, limitada a menos de 3.000 euros por persona.

e) No concesión de una autorización a una emisora religiosa y libertad de expresión

En el asunto **Glas Nadejda Eood y Elenkov contra Bulgaria**, de 11 de octubre de 2007, el TEDH considera que la decisión de las autoridades búlgaras de rechazar la licencia de radiodifusión solicitada por una sociedad que pretendía crear una emisora religiosa vulneró la libertad de expresión de la citada sociedad y de su único socio. Asimismo, el TEDH señala que el deficiente control jurisdiccional del que fue objeto la decisión gubernativa vulneró, igualmente, el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, reconocido por el artículo 13 CEDH.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, el TEDH subraya que, efectivamente, la no concesión de una licencia de radiodifusión es una intromisión en la libertad de expresión, que sólo será legítima en caso de estar prevista por la ley, perseguir un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. El análisis de la medida lleva al TEDH a rechazar la existencia de un fundamento legal suficiente para su adopción en aplicación de la jurisprudencia reiterada del CEDH sobre la materia. En este sentido, el TEDH recuerda que la base normativa que autorice la intromisión en el derecho debe cumplir una serie de requisitos, en concreto, debe ser accesible y lo suficientemente precisa como para permitir a los afectados prever, con un grado razonable de certeza, las consecuencias que se derivarán de su aplicación. La ley debe, por tanto, proteger frente a comportamientos arbitrarios de los poderes públicos, limitando su poder de apreciación, y prever garantías suficientes contra cualquier arbitrariedad, como por ejemplo, la revisión judicial de las decisiones gubernativas.

El TEDH considera, en aplicación de esta jurisprudencia, que la base normativa que permitió la intromisión en la libertad de expresión de los demandantes no cumplía los criterios señalados en la medida en que parte de los criterios fijados para la concesión/rechazo de la licencia eran demasiado ambiguos, no se hicieron públicos los motivos por los que se rechazó la autorización de los demandantes, careciendo la decisión de motivación alguna, y, finalmente, no se dio audiencia durante el procedimiento a los interesados. La decisión gubernativa no pudo, además, ser controlada en cuanto al fondo por instancia jurisdiccional alguna en la medida en que los tribunales búlgaros consideraron que no eran competentes para verificar la legalidad de la actuación discrecional de las autoridades búlgaras.

Los motivos que impulsan al TEDH a considerar vulnerada la libertad de expresión de los demandantes están íntimamente ligados a los que le llevan a pronunciarse sobre la vulneración del derecho a un recurso efectivo en el ámbito nacional. El TEDH recuerda, en este sentido, que el recurso previsto en el artículo 13 CEDH es un recurso “efectivo” y que no podrá considerarse tal aquel que no se pronuncie sobre el fondo del asunto, verificando si se ha producido o no una violación del derecho fundamental reconocido por el CEDH.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

f) Falta de pertinencia y suficiencia de los motivos invocados por las autoridades suizas para prohibir la difusión de un anuncio televisivo

En el asunto **Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) contra Suiza**, de 4 de octubre de 2007, el TEDH condena a Suiza por vulnerar la libertad de expresión de una ONG dedicada a la defensa de los derechos de los animales. La vulneración de ese derecho se habría producido debido a que las autoridades suizas prohibieron la difusión de un anuncio publicitario en el que la ONG alertaba contra la cría en batería de animales destinados al consumo humano. El TEDH confirma que la prohibición no puede entenderse sino como una intromisión en la libertad de expresión que sería ilegítima en caso de no cumplir los requisitos fijados en el artículo 10.2 CEDH, esto es, en caso de no estar legalmente prevista, no perseguir un objetivo legítimo y no ser necesaria en una sociedad democrática. A ojos del TEDH la prohibición contaba con una base legal suficiente, y perseguía un objetivo legítimo, la defensa de los derechos de otros, pero no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática, en la medida en que las autoridades nacionales se limitaron a justificar la prohibición afirmando que el anuncio publicitario era publicidad “política”. Esa justificación, señala el TEDH, es insuficiente para prohibir un anuncio publicitario dirigido a denunciar una problemática de indudable interés público.

H) Derecho a no ser discriminado: artículo 14 CEDH

a) Política educativa y discriminación indirecta

En el asunto **D.H. y Otros contra República Checa**, de 13 de noviembre de 2007, la Gran Sala del TEDH condena a la República Checa por discriminar a una serie de niños gitanos en el ámbito educativo (artículo 2 del Protocolo 7º). Esos niños cursaron toda la educación primaria en colegios especiales, supuestamente adaptados a las necesidades de menores con algún tipo de retraso o pertenecientes a familias socialmente inadaptadas. En esas escuelas, el programa educativo que se impartía era de un nivel más bajo al seguido en las escuelas ordinarias, y, debido a esta diferencia, los menores que asistían a escuelas especiales tenían un acceso bastante complejo al nivel educativo inmediatamente superior. En esos colegios especiales un porcentaje altísimo de los menores era de origen gitano, ubicándose las estadísticas entre el 50-60 por 100 de los escolares, a pesar de que los gitanos sólo representaban un 5-6 por 100 de la población de la zona.

El TEDH subraya que, efectivamente, se producirá una discriminación contraria al artículo 14 CEDH cuando una determinada política, escolar en este caso, produzca efectos adversos sobre una concreta parte de la población, aunque esté enunciada en términos generales y sin pretensión alguna de establecer esa desventaja o desfavorecer a ese grupo poblacional. Esta discriminación, señala el TEDH siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es una discriminación indirecta. Su existencia podrá probarse indiciariamente por la parte que alega la discriminación a través, incluso, de estadísticas que prueben el efecto perjudicial de esa política sobre la parte de la población correspondiente. Una vez probada indiciariamente la discriminación, el Estado deberá justificar que la diferencia de trato es objetiva y razonable.

En el presente caso, el Estado checo señalaba que la diferencia de trato se basaba en el diferente nivel intelectual de los menores gitanos, comprobado a través de test psicotécnicos, y en el propio consentimiento de los padres, que accedieron a que sus hijos fueran ubicados en estos centros especiales. El TEDH desmonta ambas justificaciones, señalando, en relación con los test que, según datos de distintos organismos internacionales, esos test no eran fiables y estaban pensados para delimitar el coeficiente intelectual de los niños que pertenecían a la población mayoritaria y no de niños que tenían determinadas características culturales o lingüísticas, como por ejemplo, los niños gitanos. En relación con el consentimiento paterno, el TEDH señala que la mayoría de los padres de estos menores no consintieron de forma informada el cambio de centro de sus hijos, limitándose a firmar un documento en el que ya se señalaba su traslado a un centro especializado. Los padres, subraya el TEDH, no conocían las consecuencias, ni el nivel educativo de estos centros.

b) Discriminación por nacionalidad contraria al artículo 14 en relación con el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo 1º

Luczak contra Polonia, de 27 de noviembre, analiza la vulneración del artículo 14 derivada de la no admisión del recurrente, de nacionalidad francesa y origen polaco que había vivido en Polonia durante 18 años y estaba casado con una ciudadana de esa nacionalidad, en el sistema de seguridad social de los granjeros en Polonia, a pesar de ser propietario de una granja, como consecuencia de no ser polaco, lo que constituiría una discriminación por razón de nacionalidad. La ley de 1990 exigía la ciudadanía para beneficiarse de este tipo de seguridad social, y la situación se prolonga hasta el 2 de abril de 2004, año en el que, como consecuencia de la entrada de Polonia en la Unión Europea, se modifica. El Gobierno aduce que se trata de un sector fuertemente subvencionado, en mucha mejor situación que los demás beneficiarios de la seguridad social, y que ello se debe a la histórica situación de pobreza de los campesinos polacos, pero la Corte considera que el gobierno no ha aportado una justificación objetiva y razonable y condena a Polonia por vulneración del artículo 14 en relación con el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo 1º. La satisfacción equitativa se fija en 5.000 euros.

l) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1º)

a) Límites medioambientales crecientes y severos al *ius aedificandi*, rechazándose las solicitudes de indemnización

El Caso Z.A.N.T.E.-Marathonisi contra Grecia, de 6 de diciembre de 2007, en el que se estima violado el Convenio, es una muestra de límites medioambientales progresivamente crecientes al derecho de propiedad por parte de las Administraciones públicas, hasta casi excluir el *ius aedificandi*, y sin practicar una expropiación de los bienes de los propietarios o el pago de una indemnización que garanticen la colisión entre el interés general y social y los lícitos intereses privados.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La sociedad actora compró de manos privadas un islote cercano a una isla con la finalidad de edificar un complejo hotelero en 1972; en el momento de la compraventa, el terreno resultaba edificable sin sobrepasar un porcentaje. Las Administraciones fueron incrementando progresivamente las medidas restrictivas a la construcción en el islote aduciendo intereses medioambientales, en concreto, la protección de una playa donde anidan para su reproducción unas tortugas en peligro de extinción; hasta hacer prácticamente los terrenos ineducables, dado lo severo de las restricciones, y, a la par, rechazándose las solicitudes de indemnización de los propietarios. El TEDH estima violado el artículo 1 del Protocolo 1º, porque, pese a existir un amplio margen de apreciación nacional en la política urbanística, se ha roto el necesario equilibrio entre el interés general y el privado de los propietarios, sin, además, de forma contradictoria, adoptarse medidas que impidieran la realización de actividades turísticas en la playa por miles de visitantes que ponen en peligro las tortugas.

b) Violación del principio de legalidad por expropiaciones indirectas

El **Caso Pasculli contra Italia, de 4 de diciembre de 2007**, analiza un supuesto de expropiación indirecta que viola la garantía del goce pacífico de los derechos de propiedad recogida en el artículo 1 del Protocolo 1º. Se aplicó a unos terrenos construibles y de la propiedad del actor el atípico procedimiento de expropiación acelerada que todavía contempla el ordenamiento italiano y que, al parecer, se encuentra pendiente de reforma, según éste, la Administración primero ocupaba los terrenos, sin dictar un acta de expropiación, e iniciaba la construcción y, en un período de tiempo posterior de cinco años, debía expropiar los terrenos, si no lo hacía, decaía y caducaba el decreto de ocupación. A finales de los setenta bastantes Administraciones municipales ocuparon terrenos que luego no expropiaron; otro tanto ocurrió aquí. El actor alegaba que su dominio había quedado irreversiblemente transformado pese a no ser definitivamente expropiado.

La Corte Europea constata la privación de la propiedad e invoca precedentes, como los Casos Carbonara y Ventura y Belvedere Albergheria, en los que sostuvo que no estimaba útil juzgar este sistema de expropiación *in abstracto* por la Administración municipal desde la óptica del principio de legalidad respecto de las interferencias en los derechos garantizados, que reclama previsibilidad de las conductas de las Administraciones; y advierte las contradicciones que la jurisprudencia nacional ha mantenido en el tema. Pero, en estos casos concretos, reconoce que el mecanismo de expropiación indirecta no garantiza un suficiente grado de seguridad jurídica y afirma que este sistema de ocupación de los terrenos puede tener consecuencias nefastas para el interés privado y hacer vana toda esperanza de reparación; y, en consecuencia, viola las exigencias del principio de legalidad.

J) Derecho a la instrucción: artículo 2 del Protocolo 1º al CEDH

a) Educación religiosa obligatoria y derecho de los padres a que sus hijos reciban educación conforme a sus convicciones ideológicas y religiosas

En el asunto **HASAN y EYLEM ZENGİN contra Turquía, de 9 de octubre de 2007**, el TEDH condena a Turquía por violar el derecho de los padres de una menor, musulmanes alevitas, a que se respetaran sus convicciones religiosas en la educación de su hija. Los demandantes

consideraban que su derecho habría sido violado por la actual configuración del programa educativo de primaria y secundaria en Turquía. El programa de enseñanza turco impone como una de las materias obligatorias de primaria y secundaria el curso de “cultura religiosa y moral”. En ese curso, los estudiantes se aproximan al conocimiento del hecho religioso, estudiando las características básicas de las principales confesiones que existen, pero centrándose especialmente en el conocimiento del islam. Los demandantes subrayan que los menores analizan los ritos y los aspectos fundamentales de la corriente sunita del islam, olvidando prácticamente por completo el estudio de los aspectos fundamentales de la vertiente alevista del islam, a la que ellos pertenecen. Esa vertiente cuenta además con un importante número de seguidores, siendo, junto al hanefismo, una de las vertientes del islam sunnita, la confesión más extendida en Turquía.

A fin de estudiar la demanda planteada, el TEDH analiza, en primer lugar, el alcance del artículo 2 del Protocolo 1º al CEDH. Este precepto, señala el TEDH, no sólo reconoce el derecho a la instrucción, sino también el derecho de los padres a que la educación de sus hijos respete sus convicciones religiosas e ideológicas. Este último derecho pretende salvaguardar, tal y como recoge el TEDH, el pluralismo educativo, esencial para la construcción de una sociedad democrática. Este derecho implica una obligación positiva del Estado, la obligación de respetar las convicciones religiosas e ideológicas de los padres en el conjunto del programa educativo y no sólo en las enseñanzas propiamente religiosas. No obstante, señala el TEDH, este derecho de los padres no interfiere en la capacidad que tienen los Estados miembros de desarrollar el programa educativo, ni tampoco impide la inclusión de determinados contenidos religiosos o filosóficos en ese programa. Por el contrario, el derecho de los padres impone al Estado la obligación de asegurar que los contenidos del programa educativo, sean cuales sean, sean impartidos de forma objetiva, crítica y pluralista, permitiendo así a los alumnos formarse su propio juicio al respecto del hecho religioso. La vulneración o no del derecho indicado también dependerá, finaliza el TEDH, del carácter obligatorio de la materia en litigio, así como de la posibilidad de que los padres puedan solicitar la impartición de un curso alternativo que se adecue, en mayor medida, a sus convicciones ideológicas o religiosas.

Teniendo en cuenta los principios generales indicados, el TEDH señala, en primer lugar, que el objetivo perseguido por el curso en litigio cumple, en principio, los requisitos de objetividad y pluralismo que exige el CEDH. Esta enseñanza, destaca el TEDH, pretende que los alumnos conozcan el desarrollo histórico del judaísmo, el cristianismo, el hinduismo, el budismo y el islam, así como el contenido de su doctrina, desarrollando un conocimiento más extenso de esta última religión, de la que estudian su doctrina y sus ritos. El conocimiento más extensivo de la religión musulmana, practicada mayoritariamente en Turquía, no determina, a ojos del TEDH, la violación del artículo 2 del Protocolo 1º. Sin embargo, esa violación sí se derivará del enfoque adoptado para la transmisión de los contenidos de la asignatura. El TEDH subraya que el programa oficial de la asignatura centra el conocimiento de la religión musulmana en el islam sunita, olvidando casi por completo otras ramas del islam, también mayoritarias en Turquía, como, por ejemplo, el alevismo. Este enfoque de la asignatura no puede considerarse objetivo ni pluralista en la medida en que olvida toda referencia a una de las confesiones más extendidas en el país.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Las consecuencias de este enfoque parcial de la asignatura vienen agravadas por dos hechos, continúa el TEDH: la materia es obligatoria y las posibilidades de que los alumnos sean autorizados a cursar una asignatura sustitutoria son muy limitadas. Efectivamente, subraya el TEDH, la materia en litigio es impuesta como parte de la enseñanza obligatoria por el artículo 24 de la Constitución turca. Además, la legislación turca sólo permite expresamente a los niños de religión cristiana o judía acceder a una asignatura alternativa. Los menores musulmanes podrán solicitar el acceso a esa asignatura alternativa, pero éste les podrá ser denegado, como de hecho ocurrió en el caso objeto de estudio.

En conclusión, señala el TEDH, el enfoque parcial de la asignatura en litigio, unido al carácter obligatorio de la materia, y a la práctica imposibilidad de que los alumnos cuyos padres no comulguen con el contenido del curso sigan una asignatura alternativa, determinan la violación del artículo 2 del Protocolo 1º al CEDH.

K) Derecho a elecciones libres; La disolución de un partido político no alcanza a la pérdida del mandato parlamentario (artículo 3 del Protocolo 1º)

En *Sobaci contra Turquía*, de 29 de noviembre, el recurrente fue elegido diputado en la Asamblea Nacional por el partido de la Virtud, el 18 de abril de 1999. Unos días después se inicia una acción de disolución contra el partido por considerarlo un centro de actividades contrario al principio de laicidad que continuaba la actividad del partido de la prosperidad (Refah partisi) disuelto. El asunto termina con la disolución del partido por el Tribunal Constitucional, la pérdida del mandato parlamentario de la recurrente y la prohibición de ser miembro fundador, o dirigente de cualquier otro partido político por un período de 5 años, lo que no le impide concurrir a las elecciones como candidato independiente, lo que efectivamente hace sin lograr ser elegida.

La Corte, tras un detallado estudio de su jurisprudencia sobre este precepto, considera que a la vista de la importancia del principio de laicidad en Turquía la disolución de un partido y la pérdida de los mandatos parlamentarios puede ser considerada una medida que persigue un fin legítimo, pero que hay que analizar si es proporcionada, es decir, si existen motivos imperiosos para el orden democrático que permitan privar al recurrente de un mandato parlamentario que ha obtenido legítimamente de sus electores durante toda la duración del mandato de la Asamblea Nacional y siguiendo la doctrina establecida en el asunto *Selim Sadak* y otros, ya comentada en estas crónicas, considera que la pérdida del mandato parlamentario es una sanción de extremada gravedad que atenta a la sustancia misma del derecho de ser elegido y ejercer su mandato y al poder soberano del electorado que le ha elegido diputado, por lo que se ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo 1º.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Entre estas Sentencias cabe resaltar, por su trascendencia, la Sentencia del Pleno del TC 247/2007 sobre la constitucionalidad del Estatuto Valenciano y el pronunciamiento sobre los derechos fundamentales y principios rectores en los Estatutos de Autonomía.

A) Los derechos estatutarios como mandatos para el legislador autonómico

STC 247/2007, de 13 de diciembre (Pleno). El TC resuelve, desestimándolo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de reforma del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Valencia, que da nueva redacción al artículo 17.1 del Estatuto. La **STC 249/2007, de 13 de diciembre**, que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra el mismo precepto, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la CA de Castilla-La Mancha, se remite a los argumentos vertidos en la STC 247/2007, dada la sustancial coincidencia con ésta.

Se trata de una sentencia vital, no tanto por el objeto del recurso, el precepto del Estatuto valenciano que proclama el derecho al agua, sino por la doctrina que se sienta y que anticipa el próximo pronunciamiento del TC sobre los recursos interpuestos contra el nuevo Estatuto de Cataluña. Por eso el TC dedica trece fundamentos jurídicos para recordar los principios estructurales de nuestra forma de Estado y luego centrarse en consideraciones acerca de la relevancia, naturaleza, características, posición en el sistema de fuentes, contenido y alcance interpretativo de los Estatutos. Lo más relevante en este terreno que se pretende presentar como continuación de la línea marcada desde la STC 76/1983, es, primero, la exaltación del principio dispositivo; en segundo lugar, la distinción entre invalidez del Estatuto por infracción de la Constitución y pérdida de eficacia si el Estatuto no respeta las reservas constitucionales en favor de otras leyes orgánicas (ejemplo: LOPJ). En tercer lugar, merece destacarse la aclaración que el TC hace en torno a la función interpretativa del legislador —estatal o autonómico—. Cualquiera de ellos, al desarrollar la Constitución, la interpreta pero le está vedado imponer una interpretación genérica y abstracta del sistema de distribución competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos. Lo que sí le está permitido es reflejar una interpretación de la Constitución si sus normas se dirigen “a su ámbito competencial y ejerciendo las competencias propias sin pretender imponer a todos, como única, una determinada opción interpretativa” (FJ 8º).

Para el TC los artículos 139.1 y 149.1.1 CE no imponen una uniformidad absoluta de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio nacional ya que son posibles diferencias que ya han introducido los legisladores autonómicos. Los preceptos constitucionales citados imponen tan sólo una “igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadoras” que se ha traducido en la distinta posición jurídica de los ciudadanos en los diversos territorios autonómicos.

¿Pero esas diferencias pueden recogerse en los Estatutos? El TC recuerda que determinados preceptos de la Constitución (artículos 3.2, 4, 69.5, 145.2, 149.1.29, 152.1 y 3 y 156.2 y Disposiciones Adicionales Primera y Cuarta) habilitan al legislador estatuyente para incidir en los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que son posibles derechos subjetivos estatutarios con eficacia jurídica directa en el ámbito institucional.

Sin embargo, cuando atribuye competencias el legislador estatutario no puede proclamar derechos subjetivos y aunque en apariencia los proclame, tales declaraciones no serán sino

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

mandatos a los poderes públicos autonómicos “con independencia de la veste que revistan” (FJ 15º). Además el TC advierte que estos mandatos deben venir conectados con materia atribuida a la competencia de la CA. Los derechos enunciados carecerán por tanto de justicia-bilidad directa y será necesario el concurso de legislador autonómico para que los configure como verdaderos derechos subjetivos, dejando a salvo la intervención estatal ex artículos 81.1 y 149.1 CE.

En los términos expuestos –como mandatos– los derechos estatutarios vinculan a los poderes públicos autonómicos y pasan a conformar el canon de enjuiciamiento del TC, ex artículo 28.2 LOTC, cuando controle la legislación autonómica.

Por lo demás, afirma el TC, los derechos constitucionales no pueden desarrollarse en los Estatutos, y si los reproducen se incurrirá en incorrección técnica, pero de ello no deduce el TC inconstitucionalidad alguna. Ahora bien si el Estatuto va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales normas tendrán la eficacia de mandatos ya analizada, siempre y cuando guarden relación con la propia competencia. Si tal relación no existiera, entonces serían inconstitucionales.

Aplicando su doctrina a los controvertidos derechos al abastecimiento y goce de agua de calidad y a la redistribución de los sobrantes, el TC advierte que el precepto impugnado no reproduce ningún derecho constitucional. Por lo demás, no son derechos ejercitables directamente y necesitan desarrollo del legislador autonómico, llamado por el propio Estatuto (artículo 10.2) a dictar una Carta de derechos sociales, lo que refuerza su condición de mandatos. Por añadidura, la proclamación de los derechos se condiciona a lo dispuesto en la Constitución y en la ley estatal, así que no se invade la competencia estatal (artículo 149.1.22 CE) ni tampoco, dado su alcance territorial, competencia de la Comunidad recurrente. Es además notoria la conexión del derecho proclamado con competencias de la Comunidad de Valencia.

Son cinco los votos particulares que acompañan a la sentencia y que expresan claras discrepancias. El más extenso y fundado es el del magistrado Vicente Conde que considera que debió estimarse el recurso. No acepta, para empezar, la diferencia entre validez y eficacia que sostiene la mayoría pues, a su juicio, el desconocimiento en el Estatuto de las reservas constitucionales a favor de otras leyes orgánicas (que no menciona la mayoría pero sí el discrepante: LOPJ, Ley Orgánica de Fuerzas de Seguridad del Estado y LOFCA) no priva simplemente de eficacia sino también de validez: son directamente inconstitucionales.

Recuerda Conde que nunca antes se había enjuiciado la posible infracción del artículo 139.1 CE por parte del legislador estatutario y, en su opinión, el Estado infringe este precepto al incluir derechos en los Estatutos que tienen, por ello, validez en una parte del territorio nacional. Porque Conde considera que los derechos estatutarios se proclaman como verdaderos derechos subjetivos, y rechaza así lo que llama “recurso dialéctico” del TC consistente en rebajar los derechos a meras directrices con mandatos. Para Conde se los disfraza, haciendo decir al legislador estatutario lo que no dice; éste proclama un derecho sin conectarlo, además, con ninguna competencia. La literalidad del precepto impugnado es clara: proclamación

de un derecho sin degradarlo como, respecto de los derechos del Capítulo III del Título I CE, hace el artículo 53.3 CE.

Según Conde, sólo en el ámbito institucional (artículo 147.2 CE) y por expresa habilitación constitucional cabe la proclamación estatutaria de derechos subjetivos. Pero nada más, pues el artículo 139.1 CE, que no se limita a los derechos fundamentales (aunque el discrepante reconozcan que ésta es la doctrina consolidada del TC, pero doctrina sentada hasta ahora sólo en referencia a leyes autonómicas no a los Estatutos). Para sortear la veda constitucional se disfraza los derechos de mandatos, de tal suerte que se acaba confiriendo al legislador autonómico la potestad de hacer lo que no puede hacer el legislador estatutario.

Concluye Conde en la inconstitucionalidad del precepto impugnado, verdadero derecho, de imprecisa pero indudable justiciabilidad, por infringir los artículos 147.2 y 139.1 CE. Y por referirse a las aguas sobrantes fuera del territorio de la Comunidad valenciana, invade la competencia estatal (artículo 149.1.22 CE).

El voto del magistrado Javier Delgado considera también inconstitucional la norma impugnada por ser contraria al artículo 147.2 CE. Sólo son legítimos derechos estatutarios directamente consentidos por la CE (artículos 3.2 y 147.2 CE), pero nada más, pues el Estatuto es una norma atributiva de competencias y no de ejercicio de éstas ya que el ejercicio corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales sí pueden reconocer derechos. Por lo demás, las diferencias que pueda consentir el artículo 139.1 CE deben ser interpretadas restrictivamente en referencia al legislador estatutario. El discrepante concluye afirmando la falta de virtualidad del precepto impugnado por referirse a un objeto fuera del ámbito territorial de la Comunidad.

El voto del magistrado García Calvo incide en varias líneas argumentales del voto formulado por el magistrado Conde. A su juicio, la mayoría no dota de la virtualidad precisa al artículo 139.1 CE, relegándolo a mero trasunto del artículo 149.1.1 CE. Debería inferirse de él una prohibición al legislador estatutario de introducir diferencias en derechos. Critica además la posición de legislador positivo asumida por el TC para hacer decir al Estatuto lo que no dice.

También el voto particular del magistrado Rodríguez Zapatas incide en la “creatividad” de la mayoría que ha dictado, a su juicio, una sentencia interpretativa “arreglалotodo”, primero convirtiendo el principio dispositivo en un *deus ex machina* y protagonizando, a pesar de las frecuentes invocaciones a la STC 76/1983, un verdadero *overruling* de ésta. La mayoría “de-construye” la Constitución sobre todo su artículo 139.1.

El magistrado Rodríguez Arribas sintetiza muy bien la posición de la mayoría y coincide con los otros discrepantes en considerar que el artículo 139.1 CE veda, salvo excepción prevista en la CE, tablas-derechos en los Estatutos. Tales tablas anticiparían el ejercicio de competencias que corresponde a las CCAA. En lo que tenga de virtualidad, el precepto impugnado invade las competencias del Estado ex artículo 149.1.22 CE.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) El ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros no puede condicionarse a la residencia (artículo 13 CE)

STC 236/2007, de 7 de diciembre (Pleno). Destacada sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley Orgánica 8/2000 que reformó la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos de los extranjeros en España. Advierte el TC que es la primera vez que tiene que pronunciarse a propósito de la negación de derechos no a los extranjeros en general sino a los que carecen de autorización de estancia o residencia. En efecto, éste es el motivo general de impugnación que plantea el Parlamento de Navarra, argumentando desde el artículo 10.2 CE que el legislador estaría infringiendo los tratados internacionales sobre derechos suscritos por España. Es destacable sin embargo que la interpretación ofrecida por el TC emplea a su conveniencia los tratados internacionales y la jurisprudencia sobre ellos sentada, olvidando que los mismos tratados y el derecho comparado permiten, o imponen en ocasiones, limitaciones de ejercicio en virtud de residencia o incluso de nacionalidad. La tesis del TC es beneficiosa para el ejercicio de los derechos controvertidos por parte de extranjeros sin residencia, pero su argumentación, derivando este ejercicio de la garantía de la dignidad en conexión con lo dispuesto en los tratados, carece de consistencia, pues de ser cierta la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de países europeos serían contrarios a la dignidad.

El TC recuerda su doctrina acerca del citado artículo 10.2 CE para advertir que este precepto no convierte a los derechos reconocidos en los textos internacionales en canon de constitucionalidad; tales derechos no adquieren, pues, rango constitucional y son exclusivamente fuente interpretativa; pero el artículo 13 CE, al referirse a los tratados internacionales, acaba confiriéndoles una función determinadora del alcance de los derechos de los extranjeros en España; de ahí que en toda su argumentación posterior el TC haga constante alusión a tales tratados y a la jurisprudencia del TEDH.

Por otra parte, el TC recuerda también que es notable la libertad de configuración del legislador para regular los derechos de los extranjeros, pero tal libertad no es absoluta pues el artículo 13 CE no desconstitucionaliza los derechos de los extranjeros que gozan de ellos por su condición de personas, en la medida en que tales derechos son la garantía de su dignidad, no pudiendo ser totalmente privados de ellos porque carezcan de residencia legal en España.

En síntesis el TC (FJ 4º) admite que el legislador ha de tener en cuenta el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad, también si el derecho es reconocido a los extranjeros por la CE, es decir, si de la dicción del precepto constitucional se puede inferir, como en el artículo 23 CE, que un derecho se reserva a los españoles, y, por último, si las condiciones de ejercicio que la ley determine para su ejercicio sirven de manera proporcional a la preservación de otros derechos o bienes constitucionales.

A continuación el TC pasa a estudiar el condicionamiento de la residencia para permitir el ejercicio de ciertos derechos a los extranjeros. Así entiende que esta condición impuesta al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación es inconstitucional, en la medida en la que cabe inferir que de los tratados suscritos por España y de la

propia dicción de los preceptos constitucionales concernidos, no se desprende tal exclusión. Así que las normas impugnadas desconocen el contenido mínimo de tales derechos.

Resulta al menos sorprendente que el Tribunal, a pesar de apoyar su razonamiento entre otros tratados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo obvie absolutamente el artículo 16 del citado Convenio, que parecería abonar precisamente la tesis opuesta. El citado precepto bajo el significativo nombre de “restricciones a la actividad política de los extranjeros” señala que ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y asociación) y 14 (prohibición de discriminación) prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros. Al menos en ese sentido, es decir, en el de la no evidente conexión entre dignidad humana y tratados internacionales, pueden resultar correctas las consideraciones realizadas en el Voto Particular suscrito por dos de los Magistrados.

Dicho esto, creo que hubiera sido posible otro tipo de razonamiento que condujera igualmente a la declaración de inconstitucionalidad por un camino más persuasivo. Se trataría de reconocer, como hace la propia Sentencia, que estos preceptos no se limitan a condicionar el ejercicio de estos derechos a los extranjeros en situación irregular, sino que impiden radicalmente cualquier ejercicio de éstos a las personas que se encuentren en esa situación, no una modulación sino pura y simplemente una denegación, para, a continuación, lo que ya no realiza la decisión judicial, haber analizado la proporcionalidad de esta restricción absoluta, su carácter necesario en una sociedad democrática y, por último, las consecuencias que pueden derivarse para un extranjero irregular que, por ejemplo, ejerce su (inexistente) derecho de manifestación, que puede llegar hasta la expulsión de territorio nacional, para concluir que una regulación de este tipo vulnera el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, hay que hacer constar que el Tribunal no anula tales preceptos a pesar de su ilegitimidad, al entender (FJ 17º) que suprimir de todos ellos el inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España” supondría alterar la voluntad del legislador pues tal supresión equipararía plenamente a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa en España. Es el legislador el que “en un plazo razonable” debe fijar las condiciones de ejercicio de tales derechos por parte de los extranjeros en situación irregular. El TC reconoce, pues, que pueda haber diferencias en las condiciones de ejercicio entre extranjeros regularizados y extranjeros sin autorización de residencia.

La anterior modulación del alcance de su pronunciamiento no es posible, sin embargo, en lo que toca a los derechos a acceder a la educación no obligatoria y a la asistencia jurídica gratuita. Tras declarar inconstitucional el condicionamiento de su ejercicio a la regularidad de la situación del extranjero (reiterando para ambos derechos la jurisprudencia ya sentada con anterioridad), anula el inciso “residentes” de ambas normas.

Por otro lado, el TC niega que condicionar el reagrupamiento familiar a la residencia lesione derechos constitucionales ya que nuestra Constitución no recoge el derecho a la vida familiar (artículo 8.1 CEDH), dentro del cual el TEDH ha encuadrado el derecho al reagrupamiento.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Tampoco es inconstitucional la exclusión de cualquier extranjero con antecedentes penales por delitos que supongan, según el Código Penal español, penas privativas de libertad superiores a un año.

Por otra parte, la regulación del retorno forzado de los extranjeros es interpretada por el TC de tal forma que garantice el control judicial. Y, por último, la brevedad del plazo (48 horas) para que el extranjero alegue en un procedimiento de expulsión no entraña indefensión como el TC ha dicho en otros pronunciamientos.

El voto particular del magistrado Conde Hijas, suscrito por Rodríguez Zapata, critica la apelación a la dignidad de la persona, que hace la mayoría, para inferir de ella un contenido mínimo de los derechos de los extranjeros, concretado en los tratados internacionales. A su juicio estos tratados dejan margen suficiente al legislador español para hacer frente, con medidas como las reputadas inconstitucionales por la mayoría, a situaciones de entradas masivas y estancias ilegales de extranjeros. La finalidad de proteger la seguridad y el orden público las justificarían.

Por su parte la **STC 259/2007, de 19 de diciembre**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada LO 8/2000 por la Junta de Andalucía. Se reitera la doctrina sentada por la STC 236/2007, pero se enjuicia, en el fundamento jurídico 7º, un motivo nuevo de impugnación: la inconstitucionalidad de privar del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores extranjeros que carezcan de autorización para trabajar (artículo 9.1 de la LO 8/2000). Tras recordar su doctrina, el TC advierte que en el artículo 28.2 CE y en el Real Decreto-ley 17/190077 el derecho se reconoce a los trabajadores en general. Tampoco de los tratados internacionales puede inferirse restricción alguna de su titularidad. Por lo demás, el artículo 36.3 de la LO 4/2000 (tras su reforma a través de la LO 8/2000) establece que carecer de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador. Y uno de los derechos básicos del trabajador es el de huelga [artículo 4.1.e) del Estatuto de los Trabajadores].

Para terminar su argumentación el TC admite que uno de los intereses para cuya defensa podrían ejercer los trabajadores extranjeros irregulares su derecho de huelga podría ser precisamente presionar a sus empleadores para que regularizaran su situación ya que el trabajador no está obligado a solicitar la autorización. Así pues el inciso “cuando estén autorizados a trabajar” es inconstitucional sin que en este caso pueda el TC modular su declaración y por ello lo anula.

La doctrina sentada en las dos sentencias comentadas es reiterada por remisión en las siguientes sentencias (todas de 20 de diciembre) que resuelven otros tantos recursos contra la LO 8/2000: **STC 261/2007** (recurso interpuesto por 64 diputados del PSOE), **STC 262/2007** (recurso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), **STC 263/2007** (recurso interpuesto por la Diputación General de Aragón), **STC 264/2007** (recurso interpuesto por la Junta de Extremadura) y **STC 265/2007** (recurso interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias).

También en la **STC 260/2007, de 20 de diciembre** (recurso interpuesto por el Parlamento Vasco) el TC reitera la doctrina de las SSTC 236/2007 y 259/2007 pero entra en otros motivos de impugnación que sólo este recurrente esgrime y que el TC rechaza invocando su jurisprudencia anterior. Primero descarta la inconstitucionalidad del procedimiento de expulsión de extranjeros (artículo 57 LO 4/2000) al no considerarlo contrario al principio de legalidad sancionadora. Tampoco considera que la residencia obligatoria en un determinado lugar impuesta a un extranjero lesione la libertad personal; entiende afecta sólo a la libertad de residencia sin que en esta afectación pueda apreciarse lesión. Por último considera, como ya hizo en la STC 303/2005, legítimo el plazo máximo de internamiento de 40 días para quienes se hallan incurso en procedimientos de expulsión, situación sobre la que recae adecuado control judicial.

C) Derecho a la igualdad (artículo 14 CE). Discriminación por razón de sexo. Ausencia de fundamento y de perjuicio de carácter discriminatorios

La **STC 233/2007, de 5 de noviembre** (Sala Segunda), considera que no se ha producido una discriminación por razón de sexo respecto de una trabajadora que se reincorpora al trabajo después de haber estado de baja por maternidad y solicitado la excedencia para el cuidado de un hijo por la asignación de funciones no exactamente idénticas a las que realizaba previamente. La decisión del TC se funda en la acreditación de la inexistencia de una motivación discriminatoria conectada con el derecho a la excedencia ni de un deterioro en las condiciones de trabajo de la empleada.

Argumenta el TC que caben diversas interpretaciones del derecho a la reserva del puesto de trabajo a favor de quien disfruta de una excedencia en lo que se refiere a la posibilidad de realizar alteraciones del puesto de trabajo reservado. En el caso que examina, la recurrente no demuestra que no se hayan respetado su categoría profesional o sus derechos económicos y profesionales, puesto que sigue realizando una función similar a la que realizaba antes de suspender el contrato de trabajo, que no es impropia de su categoría, no ha sufrido limitaciones en sus condiciones de trabajo ni en sus derechos y tampoco se le ha sometido a espera para la reincorporación. Junto con lo anterior, constata el TC que la decisión de la empresa de modificar parcialmente las funciones de la trabajadora no tiene un fundamento discriminatorio. Se basa tal opción en razones de tipo organizativo y productivo: el crecimiento de la empresa justifica que las tareas de administración y contabilidad que realizaba anteriormente la trabajadora se fragmenten, asumiendo otro trabajador las funciones contables.

D) Derecho a la integridad física (artículo 15 CE). La falta de investigación de supuestos malos tratos a un detenido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la integridad

STC 224/2007, de 22 de octubre (Sala Segunda). Este amparo se interpone contra las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de las diligencias previas para averiguar si un detenido (ahora recurrente en amparo) había sido objeto de lesiones por parte de la policía.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Aunque, en último término, el bien jurídico protegido es la integridad física, el recurrente no alegó el artículo 15 CE sino en el trámite de alegaciones lo que impide al TC entrar en la eventual lesión de este derecho; y lo habría podido hacer a partir de la doctrina de ciertos tribunales internacionales y del propio TC que considera lesiva de este derecho la insuficiente investigación de malos tratos denunciados. Mermado así el campo argumental al artículo 24 CE el TC recuerda sin embargo que “del artículo 15 CE se desprende el especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos” (FJ 3º). Concluye el TC en apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 15 CE cuando los órganos judiciales no investigan suficientemente unos malos tratos. En este caso el órgano judicial no exigió la entrega de ciertas pruebas médicas que hubieran sido pertinentes para subsanar las carencias del informe forense. Se otorga al amparo.

E) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). Informaciones transmitidas por un órgano de una Administración pública

La STC 244/2007, de 10 de diciembre (Sala Primera), resuelve sobre la eventual vulneración del derecho al honor del recurrente, ciudadano detenido por su presunta pertenencia a uno de los comandos de ETA y sobre cuya detención versó una rueda de prensa en la que el Gobernador Civil de la provincia de Guipúzcoa hizo público su nombre y la causa por la que había sido detenido.

El TC resuelve este asunto, aplicando su jurisprudencia reiterada sobre la titularidad de la libertad de información y, subrayando, por tanto, que, en el presente caso, no hay colisión entre el derecho al honor y la libertad de información debido a que las instituciones públicas y sus órganos no son titulares de este derecho. La inexistencia de la citada colisión no implica, por sí sola, la vulneración del derecho al honor del solicitante en la medida en que una intromisión en este derecho resultaría legítima siempre que persiguiera un bien constitucionalmente protegido, fuera idónea, necesaria y proporcionada y se llevara a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental. Analizadas las circunstancias del caso, el TC considera que la intromisión en el derecho al honor del recurrente no fue, efectivamente, ilegítima en cuanto la información suministrada por el Gobernador Civil era de evidente interés público, veraz, atendiendo a los datos obrantes en poder de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y se limitó a señalar las detenciones que se habían producido y los hechos por los que el recurrente había sido detenido, sin atribuirle la comisión de ningún delito concreto de forma concluyente.

F) Derecho a la libertad de expresión e ideológica (artículo 20.1 CE). Es constitucionalmente legítimo difundir ideas que nieguen el genocidio

STC 235/2007, de 7 de noviembre (Pleno). El TC responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona a propósito del artículo 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas que “nieguen o justifiquen el genocidio”. El TC salomónicamente declara inconstitucional la expresión “nieguen” pero considera legítimo sancionar a quienes difunden ideas que justifiquen el genocidio. Para llegar a esta conclusión

el TC parte de que nuestra Constitución no sanciona una democracia militante, de lo que se infiere la posibilidad de sostener ideas contrarias a la esencia misma de la Constitución. Ya el TC amparó, en sentencias anteriores, el sostenimiento de ideas nazis cobijándolas bajo la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) y en la libertad ideológica (artículo 16 CE). Naturalmente el ejercicio de estas libertades no carece de límites y está justificado sancionar su ejercicio si se sitúa en lo que el TEDH ha llamado el “discurso del odio”. Así las cosas las libertades citadas no dan cobertura a manifestaciones racistas o humillantes o que inviten a la violencia o al genocidio.

La exigencia de perseguir tales conductas es además obligación internacional asumida por España. En este sentido no es el artículo 607 del Código Penal el único que sanciona conductas promotoras o justificadoras del genocidio, pero constituye un tipo independiente que sanciona la conducta de mera transmisión de opiniones que podría incidir en el contenido esencial de las libertades de expresión. Esto es lo que sucede con la sanción penal de la mera negación del genocidio que conduce al TC a declarar inconstitucional el inciso “nieguen”. En otras palabras, difundir ideas que nieguen el genocidio es conducta amparada por la libertad de expresión e incluso por la libertad científica, por lo que su sanción penal a efectos preventivos —porque potencialmente pudiera suponer incitación al genocidio— no es admisible.

Sin embargo, la difusión de ideas que justifique el genocidio implica un juicio de valor que puede operar como incitación indirecta a la comisión de tal delito y se encuadra en el discurso del odio que una sociedad democrática tiene derecho a reprimir. De lo anterior colige el TC la plena constitucionalidad de sancionar penalmente la difusión de ideas justificadoras.

Los votos particulares coinciden todos en considerar también constitucional la sanción penal de la difusión de ideas que nieguen el genocidio, al entender que el argumento empleado para justificar el castigo de la justificación podría igualmente utilizarse.

G) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

a) La exigencia jurisprudencial de conexión con algún interés español para que opere el principio de justicia universal consagrado en la ley sin condicionantes expresos es una interpretación lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción

STC 227/2007, de 22 de octubre (Sala Segunda). La sentencia reitera la doctrina sentada en la STC 237/2005, de 26 de septiembre (comentada en otro número de la Revista), para un supuesto muy similar y, sorprendentemente, no hace referencia alguna a la reciente STEDH de 12 de Julio de 2007 (asunto “Jorgic contra Alemania”), comentada en el número anterior de la Revista y que avalaba la legitimidad del principio de jurisdicción universal.

El recurso de amparo resuelto se había interpuesto contra la resolución judicial dictada por un Juzgado Central de instrucción por la que se inadmitía a trámite una querrela interpuesta contra determinados nacionales chinos por supuestos delitos de genocidio y torturas y también contra las resoluciones judiciales (de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) que confirma-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ron la anterior. Estas decisiones jurisdiccionales se basaron en una interpretación del llamado “principio de jurisdicción universal” (en la persecución de determinados delitos considerados de lesa humanidad), consagrado en el artículo 23.4 LOPJ, que el TC considera que atenta contra el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (artículo 24 CE) por las siguientes razones: la exigencia de un punto de conexión con intereses españoles relevantes (como sería la nacionalidad española de alguno de los querellados o su estancia en nuestro país, o la denegación de su extradición, etc.) no halla fundamento en la literalidad de la ley (que sólo fija expresamente un límite a la jurisdicción universal para determinados delitos: la cosa juzgada) y, además, “no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal” ni con la intención del legislador (que no podía ser la de autorizar la persecución penal de una conducta de genocidio frente a españoles, posibilidad inverosímil en sí misma), por lo que supuso un entendimiento no razonable y desproporcionado de las normas procesales, impidiendo así desde el rigorismo desmedido un enjuiciamiento del fondo del asunto. No obstante, se reitera que no se puede descartar en este punto una exégesis estricta “presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación”, pero sin que ello conlleve admitir una “reducción teleológica” que excluya del marco de aplicación del precepto “supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo sistemático”, pues ello contradiría el principio *pro actione* y sería una aplicación del Derecho desproporcionada con relación al artículo 24.1 CE y esto es lo que se había hecho en este caso.

b) La denegación de personación en un procedimiento de reejecución sobre ilegalización de un partido político a un grupo parlamentario cuya disolución era ya firme no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción

En la **STC 251/2007, de 17 de diciembre** (Sala Segunda), el objeto de impugnación era una providencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003, confirmada en reposición por providencia de 25 de julio de 2003, por la que se denegó al grupo parlamentario de la Cámara Vasca “Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Abertzaleak Legebiltzar Taldea” la solicitud de que se le tuviera por personado en calidad de parte en el procedimiento de ejecución núm. 1-2003 de la Sentencia de la misma Sala de 27 de marzo de 2003, en la que se declaró la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. El grupo parlamentario recurrente en amparo alega que se le ha impedido injustificadamente la posibilidad de comparecer en el proceso teniendo un interés legítimo que defender. El TC –tras rechazar el óbice procesal de que al haber concluido la legislatura el grupo habría perdido su personalidad jurídica– comienza por reconocer que en el procedimiento de ejecución se ha dirimido una cuestión que afectaba directamente al grupo parlamentario demandante de amparo, cual es su disolución como consecuencia de la declaración de ilegalidad en la Sentencia a ejecutar de tres partidos políticos respecto a los que se le tiene por instrumento de acción política.

De las dos razones expuestas por el TS para denegar la personación, el TC desecha una de ellas: la relativa a que los derechos e intereses del grupo parlamentario recurrente en amparo estaban suficientemente defendidos en el procedimiento de ejecución por uno de los partidos ilegalizados con los que materialmente se confundirían, pues ni la ley vincula la disolución de un partido a la del grupo parlamentario ni la afirmación de la identidad fáctica “partido político-grupo parlamentario” en un caso concreto, en que se basa el TS, puede erigirse en criterio que impida al grupo parlamentario concernido el acceso al proceso precisamente

para cuestionar esa identidad precisamente, ya que de ese debate dependerá el que finalmente se decida su disolución o su continuidad.

No obstante, el TC considera que el otro motivo del TS para denegar la personación (extinción de personalidad jurídica del grupo parlamentario por decisión que ha devenido firme) es adecuado y, en definitiva, excluye la vulneración del derecho del artículo 24.1 CE. En este sentido, el TC recuerda que la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo por Auto de 20 de mayo de 2003 había declarado disuelto el grupo parlamentario recurrente en amparo y aunque no consta que a éste le hubiera sido notificada dicha resolución, sin duda tuvo conocimiento de ella y además no la recurrió, aquietándose a ésta y, una vez ya firme, pretende personarse en el procedimiento de ejecución, por lo que entiende el TC que la denegación de personación no atenta al derecho de acceso a la jurisdicción, al no ser una decisión irrazonable, errónea o desproporcionada, ya que el TS no podía admitir la personación sin contradecir su decisión firme de disolución del grupo, y esta decisión implicaba la extinción de su personalidad jurídica, dejando así de ser un sujeto en Derecho y un sujeto de derechos, de modo que carecía de capacidad jurídica para defender jurídicamente cualquier pretensión (ATC 520/2005, de 20 de diciembre).

c) Extranjería: Condicionar la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros a su residencia legal es contrario al artículo 24 CE

STC 236/2007, de 7 de noviembre (Pleno). Reiterando lo resuelto en la STC 95/2003, de 22 de mayo (sobre el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), el TC considera que la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, resulta inconstitucional, pues el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde también a los extranjeros “con independencia de su situación jurídica”, incluso a los que carecen de residencia legal en España. Por ello, se 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 1 de la Ley Orgánica 8/2000.

d) Extranjería: La ejecutividad inmediata de las expulsiones administrativas preferentes, de carácter sancionador, no es contraria al artículo 24.1 CE al no excluir la tutela judicial cautelar

SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, y 262/2007, de 20 de diciembre (ambas del Pleno). En la primera de las sentencias mencionadas se examina la supuesta imposibilidad legal de acordar la suspensión cautelar de la expulsión ordenada por la autoridad administrativa cuando (excepcionalmente) ello haya tenido lugar en el seno del denominado procedimiento preferente, imposibilidad legal esta que, según los recurrentes, se derivaría de los artículos 21.2 y 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000).

El TC comienza por señalar que este procedimiento preferente sería de aplicación a unos supuestos determinados por la realización de las conductas tipificadas como infracciones

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

graves o muy graves en la Ley y también hace el Tribunal un recordatorio de su doctrina (STC 236/2007, de 7 de noviembre) en el sentido de que el examen de los supuestos mencionados justifica la celeridad del proceso en razón de tratarse de causas de fácil apreciación o de especial gravedad; y, además, se reitera que se trata de un procedimiento administrativo “sancionador”, siendo de aplicación así los valores esenciales reflejados en el artículo 24 CE, entre ellos el que proscribe cualquier indefensión (también en el aspecto de la tutela cautelar para la suspensión del acto administrativo).

Entrando en el fondo del asunto, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad por entender que los mentados preceptos, aunque fijan que la resolución de expulsión preferente será ejecutiva cuando ésta ponga fin a la vía administrativa, 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. De este modo, no resulta 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 ellas. La STC 262/2007 reitera esta doctrina.

e) Lesión del derecho a no sufrir indefensión que impide el ejercicio de funciones representativas (artículos 24.2 y 23.2 CE)

STC 220/2007, de 8 de octubre (Sala Primera). Curioso caso en el que se declara la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por emplazamiento a juicio de la parte denunciante que ese mismo día debía asistir como concejal que era a un pleno de su Ayuntamiento, en el que, además, debía defender los presupuestos municipales. A juicio del TC ese emplazamiento no tuvo en cuenta los intereses en conflicto y fue claramente desproporcionado, impidiendo el ejercicio de las funciones representativas que se integran en el derecho proclamado en el artículo 23.2 CE, y la defensa de la posición procesal de quien era parte acusadora en un proceso (por delito contra el honor) donde no acusa el fiscal. Se otorga el amparo, se anula la sentencia absolutoria y se ordena retrotraer las actuaciones.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se comentan diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera dictadas en el período de 15 de septiembre a 31 de diciembre de 2007.

A) Derecho a la igualdad (artículo 14 CE): deportista de nacionalidad rusa

La STS de 23 de noviembre de 2007 (Sala Tercera), Ponente: Sr. Calvo Rojas, reconoce la vulneración del derecho a la igualdad y se casa la sentencia de instancia. El caso enjuiciado tiene su origen en la decisión de la Real Federación de Fútbol que considera al recurrente, de nacionalidad rusa, futbolista de profesión con tarjeta de residencia y permiso de trabajo, como un jugador extracomunitario a los efectos de ocupar plaza de extranjero. El TS estima que las razones expuestas en la Sentencia de 24 de mayo de 2006 son enteramente trasladables al caso contemplado pues ya se señaló la igualdad sustancial que se advierte entre lo dispuesto en el

artículo 38 del Acuerdo CE/Eslovaquia que allí se examina y lo que se dispone en el artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE/Rusia que aquí nos interesa. En el citado artículo 23.1 se establece que “(...) la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado”. Y, aparte del evidente paralelismo que existe entre el caso presente y el resuelto en la Sentencia de 24 de mayo de 2006 (casación 5278/2003), sucede que con relación al mencionado artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE/Rusia también ha recaído un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de abril de 2005 que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, y partiendo de que el artículo 13 de la Constitución, en lo que hace a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, establece que gozarán de ellos “en los términos que establezcan los tratados y la ley”, debemos concluir que el reconocimiento en un tratado internacional, en los términos y con el alcance que acabamos de señalar, del derecho de los nacionales rusos a no ser discriminados por razón de su nacionalidad en las condiciones de trabajo —cuando hayan sido contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad— equivale a reconocer con ese alcance el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución.

B) Derecho a la intimidad del domicilio (artículo 18 CE). Ruidos procedentes del servicio de limpieza municipal

En el año 2003, el recurrente presentó un escrito ante el ayuntamiento de Bilbao en el que solicitaba el cese de la emisión de ruidos provocados por las labores de limpieza municipal en horario nocturno en el entorno de su domicilio, y ante la desestimación presunta de dicha solicitud, formuló recurso contencioso-administrativo, invocando la vulneración de los derechos a la inviolabilidad de domicilio, a la intimidad y a la integridad física.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dicta Sentencia estimando el recurso y ordenando al Ayuntamiento el cese de las labores del servicio de limpieza municipal en horario nocturno mediante camión baldeadora y máquinas barredoras en las inmediaciones del domicilio del actor.

Este criterio que es confirmado por el Tribunal Supremo que, tras la cita de diversas Sentencias del TC (STC 119/2001) y del TEDH (caso Powell y Rainer contra el Reino Unido) 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España) de 19 de febrero de 1998 (caso Gerra y otros contra Italia) y de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), asume la argumentación de instancia acerca de la infracción del derecho a la intimidad del domicilio del demandante puesto que considera acreditada la concurrencia de un servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del actor, todos los domingos, entre las 6,30 y las 8 horas realizado mediante máquinas barredoras y baldeadoras que se estima emiten fuentes productoras de excesos sonoros, que superan los decibelios admitidos como máximo, tanto en el exterior como en el interior de la vivienda y la persistencia de estos ruidos durante más de dos años puede provocar al ser humano un estado de crispación que a todas luces le altera psíquicamente con obvias repercusiones físicas y le ocasiona la imposibi-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lidad de disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad material y personal sin que el Ayuntamiento demandado haya corregido esta situación.

C) Derecho a acceder a cargos públicos y motivación (artículos 23.2 y 24 CE)

a) Función constitucional del CGPJ y nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo

En la STS de 27 de noviembre de 2007 (Sala Tercera) (Pleno), se declara la nulidad de dos nombramientos de Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. El criterio mayoritario considera que existe una amplia libertad del CGPJ derivada de su función constitucional de gobierno, y establece que existen unos límites constitucionales a dicha libertad: la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos (artículo 23.2 CE) y la trascendencia del mérito y la capacidad profesional en el sistema de carrera previsto para los Jueces y Magistrados (artículo 122 CE). Declara que el requisito de motivación impone una serie de exigencias como son la explicación de las razones que han determinado la concreta propuesta elevada al Pleno; la expresión de las fuentes de conocimiento utilizadas para constatar los méritos apreciados en los candidatos incluidos en esa propuesta y observancia del principio de igualdad en la selección de esas fuentes. La Sala concluye anulando los nombramientos y retrotrayendo las actuaciones para que, primero, sea emitido un nuevo informe por la comisión de calificación que cumpla las vigencias indicadas en los fundamentos de la sentencia y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente mediante resolución motivada. Esta Sentencia cuenta con diversos Votos Particulares que sostienen la corrección de la actuación del CGPJ.

b) Necesidad de valoración de los méritos de todos los candidatos

En la STS de 21 de diciembre de 2007, Ponente: Sr. Díaz Delgado, se examina en casación la decisión de instancia que estima en parte el recurso deducido contra ciertos actos del tribunal calificador en fase de concurso de una convocatoria del Ministerio de Ciencias y Tecnología para la cobertura de ciertas plazas de la escala de científicos titulares, y acreditada la falta de motivación, ordena que se valoren motivadamente los méritos del recurrente.

El TS estima el recurso por entender que la Sala debió ordenar nuevamente la valoración de los méritos de todos los candidatos que participan en el proceso selectivo de forma que cada uno de ellos pueda luego, sobre esa motivación, hacer un examen comparativo, con pleno acceso a la documentación y a los méritos que voluntariamente han participado y los han puesto a disposición del Tribunal y demás interesados. Sólo así, cada uno de los participantes podrá ejercer eficazmente su derecho a recurrir, a la tutela judicial efectiva.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

En la STS de 21 de diciembre de 2007, Ponente: Sr. Díaz Delgado, se impugna el Auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró la inadmisibilidad del recurso deducido por el cauce de Protección de Derechos Fundamentales de la persona. En el acto

impugnado se requería a la mercantil el cese inmediato de las emisiones de televisión local, al no haber participado en un concurso público para la adjudicación de concesiones para la explotación de la televisión digital terrenal local y carecer de concesión administrativa.

El TS recuerda que para declarar la inadecuación del procedimiento ha de resultar palmario que los artículos de la CE invocados no resultan concernidos o que *prima facie* pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales impugnados. En el caso examinado el TS estima el recurso de casación “por ser evidente que el recurso se basa en una presunta vulneración de derechos fundamentales, que, *a priori*, pueden resultar concernidos, como lo prueba el hecho de que son numerosas las sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional que tratan de supuestos semejantes, y, por tanto, habiendo planteado los recurrentes la posible vulneración de los artículos 20.1.A) y D) CE, por el acto recurrido y existiendo una conexión razonable entre dicho acto y tales derechos fundamentales, procede la continuación del procedimiento, sin perjuicio del resultado final en cuanto al fondo de éste.

E) Derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE)

En la STS de 10 de diciembre de 2007, Ponente: Sr. Calvo Rojas, se sostiene que la creación mediante pactos o acuerdos suscritos entre la Administración y determinadas organizaciones sindicales de ámbitos de negociación al margen de los legalmente previstos —mesa general y mesas sectoriales— es una estipulación que, sin perjuicio de su posible disconformidad a derecho, no determina por sí misma la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical; pero tal vulneración se produce por la decisión de excluir a un sindicato no firmante del pacto de la posibilidad de participar en comisiones y grupos de trabajos previstos en el acuerdo, pues, aunque nominalmente son órganos técnicos de mero seguimiento e interpretación de lo estipulado, tales comisiones y grupos de trabajo tienen en realidad conferidas atribuciones de contenido negociador, lo que determina que el sindicato excluido sufra un menoscabo injustificado en su derecho fundamental al quedar privado de la posibilidad de intervenir en las materias y cuestiones que sean objeto de negociación en tales ámbitos, y concluye que procede confirmar la Sentencia de instancia que declara el derecho del Sindicato de enseñanza recurrente a formar parte y participar en las Mesas, Comisiones y Grupos de Trabajo establecidas en los Acuerdos Marco para el Desarrollo y Mejora de la Sanidad en la Comunidad Autónoma de Cantabria y en el Acuerdo de Selección de Personal Estatutario Temporal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud.

F) Libertad de empresa (artículo 38 CE). La libertad de empresa no tiene eficacia horizontal

La STS de 25 de octubre de 2007, Sala Primera, Ponente: Jesús Corbal Fernández, resuelve sobre la eventual contradicción entre el artículo 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y el acuerdo adoptado por la Agrupación de Radio Taxi de Tarragona por el que se prohibía a todos sus miembros cobrar directamente determinados servicios de taxi, que les serían abonados posteriormente por la Agrupación. Parte de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sus miembros considera que ese acuerdo vulnera la libertad de empresa, entendida como el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, esto es, el derecho a crear empresas y actuar en el mercado, y el derecho a establecer los propios objetivos de la empresa y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.

El TS rechaza, sin embargo, y con un razonamiento parco y no exento de crítica, las alegaciones de los recurrentes. En este sentido, el TS subraya que la libertad de empresa, al estar protegida únicamente por la reserva de ley y el respeto del contenido esencial enunciados en el artículo 53.1 CE, opera únicamente frente al legislador y, por tanto, no tendrá eficacia frente a terceros (eficacia horizontal).

G) Extranjeros. Expulsión de territorio nacional

En la STS de 20 de diciembre de 2007, (Sala Tercera), Ponente: Sr. Menéndez Pérez, se impugna originariamente la Resolución que ordena la expulsión del recurrente, que se encontraba ilegalmente en España, del territorio nacional con prohibición de entrada durante cinco años.

La Sala Tercera aprecia en este caso la infracción del principio de proporcionalidad, al haber optado la resolución administrativa y la sentencia que declara su conformidad, por la sanción de expulsión prevista en el artículo 57.1 de la LO 4/2000, en vez de la de multa a la que se refiere el artículo 55.1.b) de la misma Ley, recordando su jurisprudencia que ha declarado que la estancia ilegal en España (una vez transcurridos los 90 días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la citada Ley, reformada por la Ley 8/2000, ya que durante ese tiempo procede la devolución y no la expulsión) puede ser sancionada o con multa o con sanción, y que en el sistema de la Ley, la sanción principal es la de multa como se deduce de los artículos 55.1 y 57.1, y que en cuanto a sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, distinta y complementaria de la simple permanencia ilegal, que está castigada, simplemente, con multa, y que pueden tomarse en consideración, a estos efectos, los hechos que consten en el expediente administrativo.

En el supuesto enjuiciado no existe en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante figura en el expediente ni en las actuaciones procesales que no sea la simple y pura estancia del demandante en territorio español, en consecuencia al no especificarse las razones por las cuales la administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico, se estima el recurso de casación y se anula la resolución administrativa impugnada.

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. Tratados internacionales:** en relación con la interpretación de los derechos fundamentales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10.2 CE, no constituyen un canon autónomo de validez. **3. Estatuto de Autonomía:** límites de su regulación en virtud de lo dispuesto por el artículo 147 CE. **4. Ley.** A) Reserva de Ley en materia penal. B) Reserva de Ley en materia de sanciones administrativas. C) Reserva de Ley para la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros. D) Ley de Presupuestos. a) Su vigencia limitada no impide que pueda ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad. b) Puede modificar otras normas con rango de Ley, con algunas excepciones. E) Control de constitucionalidad de las leyes: las normas legales gozan de una presunción de constitucionalidad que no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente. **5. Costumbre:** incorporación de la costumbre local en Ordenanzas sobre el aprovechamiento de bienes comunales. **6. Instrucción.** A) Una Instrucción que tiene como finalidad la ordenación de un procedimiento debe considerarse como una norma de funcionamiento del órgano del que emana. B) Conformidad a Derecho de las Instrucciones que no innovan el ordenamiento jurídico y contienen únicamente directivas de actuación. **7. Principios constitucionales.** A) Principio de Igualdad. a) La vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva exige la comparación entre situaciones completamente iguales. b) La vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo exige probar la vinculación entre los hechos denunciados y la maternidad de la recurrente. c) La regulación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, relativa a la composición equilibrada de las listas electorales entre hombres y mujeres, que modifica la regulación de la Ley Orgánica Electoral General, no vulnera el principio de igualdad. d) La falta de aportación por el recurrente de la Sentencia del Tribunal Supremo que alega como término de contraste impide al Tribunal Constitucional estimar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

e) Significado y ámbito de aplicación de los preceptos constitucionales que regulan el principio de igualdad. B) Principio de seguridad jurídica: se entiende vulnerado cuando el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia JUR, sin determinar, correspondiente al mes de diciembre de 2007. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 29/2008, de 20 de febrero.

La jurisprudencia constitucional aporta en esta entrega varias sentencias que ofrecen un especial interés por la relevancia de los temas que abordan, así como por las novedades y matices que expone el Tribunal Constitucional en su tratamiento. En concreto estas sentencias se refieren a los derechos fundamentales de los extranjeros, con especial incidencia en la influencia en su regulación de los Tratados internacionales suscritos por España (STC 236/2007 y concordantes), a la naturaleza y funciones de los Estatutos de Autonomía (SSTC 247/2007 y 249/2007), así como a la relación entre las Leyes de Presupuestos y la legislación sectorial (SSTC 238/2007 y 248/2007).

2. TRATADOS INTERNACIONALES: EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EN VIRTUD DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 10.2 CE, NO CONSTITUYEN UN CANON AUTÓNOMO DE VALIDEZ

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra diversos preceptos 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 Extranjeros en España y su Integración Social.

Uno de los argumentos en que se basa el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra consiste en 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, constituyen canon de la constitucionalidad de las Leyes españolas. Dicho argumento se encuentra implícito en buena parte de los motivos de impugnación, pues el Parlamento de Navarra no invoca explícitamente el artículo 10.2 CE si bien se sobreentiende que tal precepto es la base para fundar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, a los que se reprocha su contradicción con los

IV. Fuentes del Derecho

correspondientes artículos del Título I de nuestra Constitución y con determinados artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El Abogado del Estado rechaza este planteamiento y afirma que dicho precepto constitucional sólo obliga a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con tales normas internacionales.

El Tribunal Constitucional recuerda en esta sentencia su jurisprudencia sobre el significado de la “interpretación” a la que alude el artículo 10.2 CE, señalando que no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional.

Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, que se convierte así en el “contenido constitucionalmente declarado” de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución.

El Tribunal Constitucional debe determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex artículo 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades. Sobre esta cuestión, vid. SSTC 259/2007, de 19 de diciembre; 260/2007, de 20 de diciembre; 261/2007, de 20 de diciembre; 262/2007, de 20 de diciembre; 263/2007, de 20 de diciembre; 264/2007, de 20 de diciembre; 265/2007, de 20 de diciembre.

En este mismo sentido, se expresa el Tribunal Constitucional en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre, relativas a la impugnación del artículo 17 del Estatuto de Autonomía valenciano. El artículo 17.1 EAV regula “el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Para el Tribunal, el artículo 10.2 CE no ampara constitucionalmente la formulación del derecho al agua contenida en el precepto impugnado. En primer lugar, porque el mandato del artículo 10.2 CE se refiere a los derechos constitucionales (lo que no es el contenido en el artículo 17.1 EAV), sino porque, aunque se entendiera implícito en los principios rectores del artículo 45 CE,

los textos internacionales a que se refieren tanto la parte actora como la representación de las Cortes valencianas no pueden entenderse comprendidos entre “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a los que remite el artículo 10.2 CE. En efecto, aun admitiendo que podamos estar ante un derecho emergente de tercera generación, es claro que en el momento actual su incipiente gestación se refleja en instrumentos internacionales que no requieren de manifestación expresa de la voluntad de los Estados, por lo que no puede hablarse de la asunción de compromisos concretos al respecto por parte de España. Todo ello sin olvidar que, según el Tribunal Constitucional, los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad de los derechos, sino elementos de interpretación de los constitucionalmente proclamados.

3. ESTATUTO DE AUTONOMÍA: LÍMITES DE SU REGULACIÓN EN VIRTUD DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 147 CE

En las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional describe las funciones de los Estatutos de Autonomía: fundan la Comunidad Autónoma, la dotan del correspondiente poder político y permiten el natural desenvolvimiento de dicho poder mediante la emanación de leyes en sus ámbitos de competencia, desarrollándolas reglamentariamente y aplicándolas a través, respectivamente, de sus Consejos de Gobierno y de sus Administraciones públicas. Cobra, así, sentido la calificación constitucional de los Estatutos como “norma institucional básica” de la correspondiente Comunidad Autónoma (artículo 147.1 CE).

Los Estatutos de Autonomía presentan tres características fundamentales. La primera de ellas es la necesaria confluencia de diferentes voluntades en su procedimiento de elaboración, rasgo que es más nítido en las sucesivas reformas de un Estatuto que en su aprobación inicial, pues la Constitución puso fin a un Estado políticamente centralizado en el que no existían aún Asambleas Legislativas autonómicas en sentido estricto, sino representaciones territoriales reguladas transitoriamente por la Constitución a los fines, precisamente, de la implantación de las Comunidades Autónomas (artículos 143 y 151 CE). En todo caso, la reforma de los Estatutos ya vigentes se realiza mediante un procedimiento complejo, que exige la intervención sucesiva de la Asamblea Legislativa autonómica y de las Cortes Generales, aprobando éstas el Estatuto mediante ley orgánica (artículo 81.1 CE), con sometimiento a referéndum, en su caso.

La segunda característica es consecuencia de la primera, pues la aprobación de los Estatutos por las Cortes Generales, que representan la soberanía nacional (artículos 1.2 y 66.1 CE) determina que aquéllos sean, además de la norma institucional básica de la correspondiente Comunidad Autónoma, normas del Estado, subordinadas como las restantes normas del Ordenamiento jurídico a la Constitución, norma suprema de nuestro Estado Autonomico (artículo 9.1 CE).

Éste ha sido el planteamiento reiterado en la doctrina del Tribunal Constitucional, al dejar sentado “el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento

IV. Fuentes del Derecho

jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (artículo 147.1 de la Constitución). Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución” (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1º; en igual sentido, SSTC 69/1982, de 23 de noviembre, FJ 1º; 77/1985, de 27 de junio, FJ 4º; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 3º; 178/1994, de 16 de junio, FJ 4º, etc.); el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución, esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental (STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 4º).

Dado que sólo la Constitución establece la función y contenido de los Estatutos, sólo a ella se infraordenan; lo que se acentúa como consecuencia del peculiar procedimiento de elaboración y reforma de los estatutos, que los dota de una singular rigidez respecto de las demás leyes orgánicas. En los términos indicados, los Estatutos de Autonomía, en su concreta posición, subordinada a la Constitución, la complementan, lo que incluso se traduce de modo significativo en su integración en el parámetro de apreciación de la constitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, tanto estatales como autonómicas (artículo 28.1 LOTC), de manera que forman parte del “bloque de la constitucionalidad” (SSTC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1º; 11/1986, de 28 de enero, FJ 5º; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 5º, entre otras muchas).

La tercera característica de los Estatutos de Autonomía es, asimismo, consecuencia del carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y, sobre todo, de reforma. Se trata de la rigidez de que los Estatutos están dotados; rigidez que es garantía del derecho a la autonomía que se ha ejercido y que refuerza su naturaleza de norma de cabecera del correspondiente ordenamiento autonómico.

El procedimiento de elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía los sitúa en una posición singular en el sistema de fuentes. Así se manifiesta en las relaciones que los Estatutos de Autonomía mantienen, en el seno del Ordenamiento del Estado, supraordenado por la Constitución y del que los Estatutos forman parte, tanto con el resto del ordenamiento del Estado en sentido estricto, como con el propio ordenamiento autonómico del que aquéllos son la norma de cabecera.

Respecto del ordenamiento estatal en sentido estricto, hay que partir de que los Estatutos de Autonomía se infraordenan a la Constitución, sometiéndose a sus prescripciones. Así, en cuanto a su relación con las restantes leyes estatales, orgánicas u ordinarias, viene establecida según criterios de carácter material, es decir, con criterios conectados con el principio de competencia sustantiva sobre las materias en que unos y otras, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, pueden intervenir.

Sin embargo, la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una

singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias. Respecto de las otras leyes orgánicas, la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la Norma constitucional. En este sentido, los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (artículos 81.1, 122.1, 149.1.29, 152.1 o 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria.

Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que éstas (salvo las de su propia reforma ex artículo 147.3 CE), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente.

En todo caso, las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito (STC 154/2005, de 9 de junio, FFJJ 4º y 5º, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. Pues bien, en caso de colisión, será competencia del Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria.

En cuanto al ordenamiento autonómico, el Estatuto de Autonomía constituye su norma de cabecera, esto es, su norma superior, lo que supone que las demás le estén subordinadas.

Falta una última reflexión relativa a la relación entre el principio democrático y la rigidez de los Estatutos de Autonomía ya que aquél pudiera resultar afectado por las regulaciones estatutarias que estuvieran dotadas de tal densidad normativa que limitara la actividad del legislador autonómico.

Sobre este aspecto, siempre difícil de apreciar en abstracto, conviene indicar algunos criterios que sirvan de pauta para el enjuiciamiento de sus manifestaciones concretas. La Constitución ha considerado adecuado al principio democrático que sea el legislador orgánico (artículo 81 CE) y no el legislador ordinario, el que deba regular dentro de unos criterios estrictos, los aspectos centrales, por ejemplo, de los derechos fundamentales, quedando ello reservado a las correspondientes mayorías parlamentarias cualificadas [por todas, STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 2º.c), con cita de otras]. Por tanto, los Estatutos de Autonomía también podrán

IV. Fuentes del Derecho

establecer con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las instituciones que regulen y de las competencias que atribuyan en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden, pues no puede olvidarse que el Estatuto, aprobado como Ley Orgánica, es obra de un legislador democrático y que la regulación que realiza, como se ha dicho, es vehículo de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y expresión de la voluntad del Estado.

4. LEY

A) Reserva de Ley en materia penal

En la **STC 234/2007, de 5 de noviembre**, el recurrente interpone un recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, regulado en el artículo 25.1 CE, en su vertiente de interdicción de la retroactividad de las disposiciones penales desfavorables, ya que la norma penal vigente al tiempo de comisión de los hechos declarados probados (acaecidos en los años 1999 y 2000) por los que el recurrente fue condenado a las penas de cinco años de prisión y multa de dieciocho meses, era más favorable que la posterior, que fue la aplicada por la Audiencia Nacional en fase de ejecución de la Sentencia condenatoria recaída en las actuaciones.

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables aparece garantizado con carácter general en el artículo 9.3 CE, y respecto de las normas penales en concreto, se incluye en la garantía constitucional de la legalidad penal (artículo 25.1 CE), que configura dicho principio como un derecho fundamental subjetivo para el ciudadano protegido por el recurso de amparo. El fundamento de la prohibición de retroactividad de la Ley penal desfavorable, en perjuicio del reo, se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o falta o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho, lo que significa que queda absolutamente prohibido en virtud del artículo 25.1 CE aplicar una Ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

En el presente caso, el artículo 53.3 del Código Penal (CP), en su redacción original, vigente a la fecha de los hechos enjuiciados, preveía que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa no se impondría a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años; posteriormente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó este precepto, fijando el límite en cinco años, de forma que en la redacción actual del artículo 53.3 CP (en vigor desde el 1 de octubre de 2004), se establece que “esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años”. Esta redacción ha sido la aplicada por la Audiencia Nacional en este caso, que impuso al recurrente, en fase de ejecución, como responsabilidad personal subsidiaria, un arresto sustitutorio de nueve meses por impago de la pena de multa a la que fue condenado, con el único fundamento de que la pena de prisión impuesta era de cinco años, sin tener en cuenta, por tanto, que el precepto aplicado no se encontraba en vigor a la fecha en que se cometieron los hechos enjuiciados que dieron lugar a la condena del recurrente en amparo.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó la vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE), en su vertiente de prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables, dado que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo aplicaron una norma penal, —el artículo 53.3 CP en la redacción resultante de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre—, cuya entrada en vigor es posterior a los hechos enjuiciados por los que fue condenado el recurrente, con resultado perjudicial para éste.

En este caso, la norma posterior, aplicada retroactivamente al recurrente en ejecución de sentencia, era manifiestamente desfavorable para éste, en cuanto dicha norma prevé la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa a los condenados a pena privativa de libertad hasta cinco años, siendo así que el recurrente había sido condenado a una pena de prisión de cinco años; mientras que dicha responsabilidad subsidiaria quedaba excluida en el caso del recurrente aplicando la norma penal en su versión original, vigente en la fecha en que se cometieron los hechos enjuiciados, que disponía que “esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años”. En conclusión, las resoluciones judiciales impugnadas en amparo aplicaron retroactivamente una disposición penal desfavorable al recurrente, vulnerando con ello su derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE).

B) Reserva de Ley en materia de sanciones administrativas

En la **STC 229/2007, de 5 de noviembre**, se resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2001, que impuso al recurrente, Registrador Mercantil Central, la sanción de suspensión en el ejercicio de sus funciones por tres meses por una falta muy grave, consistente en la percepción de derechos arancelarios sobre valores distintos de los legalmente establecidos, interviniendo culpa grave, prevista en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, contra la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Justicia de 1 de agosto de 2001 por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución y contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de mayo de 2004 por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los referidos actos administrativos.

En la demanda de amparo se aduce que la sanción impuesta y las resoluciones que la confirman vulneran el derecho que consagra el artículo 25.1 CE. El recurrente alega, en primer lugar, que ha sido sancionado en virtud de una norma, el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, que carece de cobertura legal, y por ello considera que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora en su vertiente formal (artículo 25.1 CE). También sostiene que la sanción impuesta vulnera el principio de legalidad (artículo 25.1 CE) en su contenido material, ya que, a su juicio, la interpretación efectuada por la Administración de lo dispuesto en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario y confirmada por la Sentencia impugnada, constituye una extensión analógica *in malam partem* del referido precepto.

IV. Fuentes del Derecho

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE incorpora el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y lo extiende también al ordenamiento administrativo sancionador. Este precepto incluye una doble garantía: la primera, de orden material y de alcance absoluto, es la exigencia de la predeterminación normativa de toda conducta que se considere constitutiva de un ilícito de carácter penal o sancionador; la segunda, de carácter formal, conlleva que la norma que tipifique estos ilícitos y sus correspondientes penas o sanciones deba tener rango de ley, pues, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada y unánime de dicho Tribunal, el término “legislación vigente” contenido en el artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Sobre esta base, es preciso analizar si la Disposición Adicional Tercera de la Ley de tasas y precios públicos, que es la norma en la que la Administración fundamenta la cobertura legal del precepto reglamentario, en virtud del cual fue sancionado el recurrente, otorga al artículo 563 del Reglamento hipotecario la cobertura legal que exige el artículo 25.1 CE.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de tasas y precios públicos, apartado 3, Ley 8/1989, de 13 de abril, establece que “los funcionarios públicos que, mediando dolo o culpa grave, infrinjan lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior incurrirán en falta disciplinaria muy grave que, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran derivarse de su actuación, será sancionada con suspensión por plazo de cinco años y, en caso de reincidencia, con la baja definitiva del funcionario en el correspondiente cuerpo o escala o, en su caso, separación del servicio”. Y el párrafo segundo del apartado segundo de esta Disposición Adicional Tercera, que es al que esta norma se remite, dispone que “los Aranceles se aplicarán sobre los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquéllos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento, salvo en aquellos casos en que las características de las actividades de los correspondientes funcionarios no lo permitan”. Este precepto legal tipifica como falta disciplinaria muy grave que los funcionarios públicos infrinjan lo dispuesto en esa misma Ley respecto de la aplicación de los aranceles sobre los valores fijados como la propia norma indica.

El artículo 565.3 del Reglamento hipotecario dispone que constituye falta muy grave “La percepción de derechos arancelarios sobre valores distintos a los legalmente establecidos, cuando haya intervenido dolo o culpa grave”.

A la vista de estas normas cabe afirmar que la conducta tipificada como falta muy grave en el Reglamento hipotecario es la misma que la tipificada, también como falta muy grave, en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de tasas y precios públicos. De ahí que esta Disposición Adicional preste cobertura legal al artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, puesto que en ambas regulaciones se está tipificando la misma conducta: percibir derechos arancelarios sobre valores distintos de los legalmente establecidos. La única diferencia, a estos efectos, es que el apartado segundo, párrafo segundo, de la Disposición Adicional Tercera especifica cuáles son estos valores a los que deben aplicarse estos aranceles (los comprobados fiscalmente y a falta de éstos, los consignados por las partes en el correspondiente documento, salvo en aquellos casos en que las características de las actividades de los correspondientes funcionarios no lo permitan, precisión legal que concreta la remisión que contiene sobre esta cuestión el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la sanción impuesta tiene cobertura legal en la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley de tasas y precios públicos, que es, además, la norma que la Administración invoca como cobertura legal del Reglamento cuya aplicación determinó la imposición de la sanción, por lo que desestima la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora en su vertiente formal.

El recurrente alega también la vulneración del principio de legalidad sancionadora en su vertiente material. A su juicio, la Administración ha efectuado una interpretación analógica *in malam partem* del tipo infractor, pues ha sido sancionado por la comisión de unos hechos que no se encuentran tipificados como infracción administrativa ni en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, ni en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de tasas y precios públicos. En su opinión, los hechos imputados y que determinaron la imposición de la sanción, percibir derechos arancelarios por los conceptos de “busca” y “presentación”, no pueden subsumirse en el supuesto de hecho tipificado en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, ya que este precepto lo que califica como falta muy grave es aplicar un concepto arancelario sobre una base superior a la que permita la norma, por lo que no puede considerarse subsumissible en el tipo legal el percibir derechos arancelarios por los conceptos de “presentación” y “busca”, ya que estos aranceles no se proyectan sobre valor o base alguna, lo que determina, a su juicio, que los hechos imputados no puedan ser constitutivos de la infracción por la que ha sido sancionado.

El Tribunal Constitucional considera que la infracción tipificada en el artículo 563 del Reglamento Hipotecario se refiere a que un concepto arancelario aplicable al caso se ha proyectado sobre un valor distinto al establecido legalmente, es decir, el concepto era procedente, pero no la cuantía percibida. Por lo tanto, este precepto no resulta aplicable a este caso, dado que la actuación del demandante no ha consistido en aplicar y percibir unos conceptos arancelarios procedentes a valores distintos de los previstos legalmente, sino en percibir derechos arancelarios inaplicables en el caso. Ha de concluirse, en consecuencia, que la Administración se ha apartado del tenor literal del precepto reglamentario, llevando a cabo una interpretación analógica *in malam partem* de la norma que tipifica la infracción, lo que lesiona el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25 CE), en su vertiente material.

Poco tiempo después de las resoluciones administrativas aquí impugnadas, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, reguló el régimen disciplinario de los Registradores introduciendo una infracción disciplinaria muy grave consistente en “la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan”, que incluye la conducta objeto de este recurso.

C) Reserva de Ley para la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra diversos preceptos 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 Extranjeros en España y su Integración Social.

IV. Fuentes del Derecho

Una de las principales funciones que plantea este recurso como punto de partida para el análisis es la determinación del ámbito de competencia del legislador estatal en la regulación de los derechos de los extranjeros, según lo establecido en el artículo 13.1 CE.

La remisión a la Ley que contiene el artículo 13.1 CE no supone 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 en los términos que seguidamente se expondrán.

En efecto, el legislador al que remite el artículo 13.1 CE no goza de la igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Una interpretación sistemática de dicho precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador, dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no. Por otra parte, existen en ese Título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el artículo 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (artículo 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros.

Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso cabe afirmar que 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, esta regulación 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. Sobre esta cuestión, vid. SSTC 259/2007, de 19 de diciembre; 260/2007, de 20 de diciembre; 261/2007, de 20 de diciembre; 262/2007, de 20 de diciembre; 263/2007, de 20 de diciembre; 264/2007, de 20 de diciembre; 265/2007, de 20 de diciembre.

D) Ley de Presupuestos

a) Su vigencia limitada no impide que pueda ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad

En la STC 237/2007, de 8 de noviembre, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el artículo 92 (entregas a cuenta del fondo de suficiencia) de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004, así como contra las cuantías fijadas en la sección 32. Las objeciones de constitucionalidad que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía plantea

frente al precepto y a la sección objeto de su recurso de inconstitucionalidad, afectan a uno de los recursos financieros que las normas del bloque de la constitucionalidad prevén para la Comunidad Autónoma de Andalucía: la participación en los ingresos del Estado a través del fondo de suficiencia.

El Tribunal Constitucional expone en esta sentencia que el hecho de que las disposiciones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado impugnadas hayan perdido su vigencia por referirse a un ejercicio económico ya finalizado no afecta a la posibilidad de que puedan ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad (en este caso, al de 2004). Lo contrario supondría negar la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad en relación con determinadas normas con vigencia limitada en el tiempo (en particular, las de contenido presupuestario), creándose así un ámbito normativo (estatal o autonómico) inmune al control de la jurisdicción constitucional.

Por otra parte, el recurrente alega la posibilidad de enjuiciar los preceptos impugnados en relación con la regulación establecida por la modificación del Estatuto de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), que integra el bloque de la constitucionalidad, en aplicación de la doctrina del *ius superveniens*. El Tribunal Constitucional aclara que la doctrina del *ius superveniens* no resulta de aplicación en este caso. Esta doctrina mantiene que el control de las normas que incurrir en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo a las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar sentencia. En este caso no resulta aplicable dado que falta el supuesto de hecho de la aplicación de dicha doctrina porque no se ha producido una coincidencia temporal en la vigencia de la Ley impugnada (que se circunscribía al ejercicio 2004) y la nueva normativa que eventualmente podría formar parte de aquel bloque de la constitucionalidad (la modificación estatutaria que se ha producido en el año 2007). Vid., en el mismo sentido, SSTC 238/2007, de 21 de noviembre y 248/2007, de 13 de diciembre.

b) Puede modificar otras normas con rango de Ley, con algunas excepciones

En la STC 238/2007, de 21 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera su jurisprudencia sobre el carácter de la Ley de Presupuestos como Ley formal y material, así como sobre los límites de su contenido, según el artículo 134 CE. Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002.

La Junta de Andalucía justifica su recurso en la divergencia existente entre la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, y la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002.

En el análisis de esta cuestión, el Tribunal parte de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no sólo es una Ley en sentido formal, sino también en sentido material, por lo que puede acometer directamente la modificación de otras normas con rango de Ley, si bien con las limitaciones que a continuación se exponen.

IV. Fuentes del Derecho

La Ley de Presupuestos tiene un doble contenido: un *contenido esencial*, mínimo y necesario, constituido tanto por la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico, como por las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados, y un *contenido eventual o disponible*, que se concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto. En este sentido, la eventual modificación de la base de cálculo del Fondo de Compensación Interterritorial por la Ley de Presupuestos Generales del Estado guarda una relación directa con la habilitación de gasto, en la medida en que una mayor o menor cuantía supone, no sólo una mayor o menor autorización al Estado, sino también una mayor o menor previsión de ingresos para las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía beneficiarias de éste.

Según el Tribunal Constitucional, lo que no puede hacer la Ley de Presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de Presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al artículo 9.3 CE. La Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002, no desconoce la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, ni ninguna de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, al dar debido cumplimiento a las exigencias establecidas para la dotación del citado Fondo. En realidad es precisamente la Ley de Presupuestos Generales del Estado la que tiene atribuida la función de fijar el porcentaje que, aplicado sobre la base del Fondo, determina su cuantía. Las normas que integran el bloque de la constitucionalidad en el presente caso establecen sólo tres exigencias insoslayables con relación al Fondo de Compensación Interterritorial: que se dote el correspondiente Fondo o Fondos, que la dotación tenga carácter “anual” y que dicha dotación sea como “mínimo” para las Comunidades Autónomas equivalente al 30 por 100 de la inversión pública prevista en los Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio. Los anteriores requisitos se han cumplido en este caso, pues no sólo se ha dotado el Fondo de Compensación Interterritorial correspondiente al ejercicio económico de 2002, sino que la dotación supera el mínimo exigido del 30 por 100.

En este sentido, el Tribunal precisa que lo relevante desde un plano puramente constitucional, no es tanto que la dotación al Fondo se calcule sobre la cifra de la inversión pública estimada o sobre la finalmente autorizada, como alega el recurrente, sino que la dotación autorizada sea igual o superior al límite mínimo exigido por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (artículo 16.1 LOFCA), calculado sobre la cifra de la inversión pública “aprobada en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio” [artículo 16.3.a) LOFCA]. Por esta razón una dotación calculada sobre la inversión pública estimada que supere el 30 por 100 de la inversión pública finalmente autorizada será perfectamente ajustada al orden constitucional. Por el contrario, una dotación al Fondo igual o superior al 30 por 100 de la inversión pública estimada que no llegase finalmente a alcanzar el 30 por 100 de la inversión pública

autorizada sería contraria a las normas que integran el bloque de la constitucional. Y en el caso que nos ocupa la dotación al Fondo de Compensación Interterritorial correspondiente al ejercicio 2002 supera sobradamente aquel límite porcentual en términos de inversión pública autorizada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

E) Control de constitucionalidad de las leyes: las normas legales gozan de una presunción de constitucionalidad que no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente

El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía impugnó determinados preceptos de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004. La Administración recurrente imputa a las disposiciones impugnadas la lesión de los artículos 9.3, 134, 156.1 y 157.1.a), todos ellos de la Constitución Española, 2.1.d), 4.1.e), 13 y concordantes de la LOFCA, y 56 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, al entender que la Administración del Estado ha minorado la base de cálculo de las entregas a cuenta del fondo de suficiencia correspondientes al ejercicio 2004 no sólo en el importe de la recaudación estatal “susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas”, sino también en el de la “susceptible de cesión a las Corporaciones Locales”, ocasionándole con ello un perjuicio que cifra en 123.150,97 miles de euros. La justificación de su afirmación la basa, según se señala en la memoria económica que acompaña la Junta de Andalucía a su escrito de recurso, en la página 126 del libro de presentación del proyecto de presupuestos generales del Estado para 2004 donde se señala que “en el ejercicio 2004, los ingresos del Estado aparecen minorados por la participación que recibirán las Comunidades Autónomas y las que van a recibir por primera vez las Corporaciones Locales”.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Constitucional señala que no basta con postular la inconstitucionalidad de una norma mediante la mera invocación formal de una serie de preceptos del bloque de la constitucionalidad, sino que es preciso que el recurso presentado al efecto contenga la argumentación específica que fundamente la presunta contradicción constitucional. La impugnación de normas debe ir acompañada con una fundamentación que permita a las partes a las que asiste el derecho de defensa (en este caso, al Abogado del Estado), así como al propio Tribunal, conocer las razones por las cuales los recurrentes entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional. Cuando lo que se encuentra en juego es la depuración del Ordenamiento jurídico resulta a cargo de los recurrentes, no sólo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan, por lo cual, si no se atiende esta exigencia, se falta a la diligencia procesalmente requerida. En conclusión, la presunción de constitucionalidad de normas con rango de Ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente.

Pues bien, en el presente caso el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía imputa a las disposiciones impugnadas la lesión de una serie de preceptos del bloque de la constitucionalidad que pretende fundamentar en la memoria económica que se acompaña junto con el escrito del recurso de inconstitucionalidad, en la cual se soslaya toda explicación sobre la justificación de las cantidades que considera idóneas para alcanzar la conclusión a la que llega

IV. Fuentes del Derecho

(SSTC 237/2007, de 8 de noviembre, 238/2007, de 21 de noviembre y 248/2007, de 13 de diciembre).

5. COSTUMBRE: INCORPORACIÓN DE LA COSTUMBRE LOCAL EN ORDENANZAS SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE BIENES COMUNALES

La STS de 4 de diciembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), JUR (sin determinar), resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Montenegro de Cameros (Soria) contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 16 de enero de 2004, que desestimó en parte el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Montenegro de Cameros de 27 de junio de 2002 que rechazó la petición de inclusión en el Padrón de beneficiarios de Aprovechamientos Comunales, así como la subsidiaria certificación de derecho a disfrute de pastos.

En la instancia, el recurrente impugnó indirectamente determinados artículos de la Ordenanza municipal reguladora de los aprovechamientos forestales, pastos y caza de las fincas comunales por ser contrarios al artículo 75 del RD 781/1986 y al artículo 103 del RD 1372/1986. Dicha Ordenanza añadía la exigencia de ser natural del municipio para inscribirse en el Padrón de beneficiarios de Aprovechamientos Comunales. El Tribunal *a quo* entendió que dicha exigencia no era acorde a Derecho —a pesar de que no lo explicitó en el fallo— ya que bastaba con la residencia real y efectiva, como el arraigo en aquél, para ser considerado vecino a efectos del aprovechamiento.

Los motivos del recurso de casación se centran en la infracción por inaplicación del artículo 75.4 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local; la vulneración del artículo 103.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales e infracción de la jurisprudencia recaída sobre los preceptos invocados. Ambos preceptos se refieren a la capacidad de los Ayuntamientos y Juntas Vecinales de exigir determinados requisitos de vinculación y arraigo o permanencia como condición previa para participar en aprovechamientos de bienes comunales, regulados por normas consuetudinarias u ordenanzas tradicionalmente observadas. El Tribunal considera que estas disposiciones son expresión del reconocimiento de la convivencia de costumbres locales con la ordenación positiva de aprovechamientos de bienes comunales de los Ayuntamientos y entidades locales menores, y de la prevalencia de la costumbre cuando se recoge en ordenanzas locales dictadas *ad hoc* para esos aprovechamientos y dictadas conforme a las condiciones que imponen las normas relativas a esta cuestión. Lo que le lleva a afirmar que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento, concretamente en el ámbito de los bienes comunales y a entender que debe prevalecer la costumbre local contenida en las Ordenanzas, y que esa costumbre puede contener condiciones de vinculación a la localidad que vayan más allá del arraigo o la permanencia. Para argumentar esta posición el Tribunal realiza una exposición sobre la legislación vigente en esta materia, refiriéndose al RD de 8 de abril de 1930, la Ley de 23 de diciembre de 1948 sobre aprovechamientos forestales, la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y a las actuales leyes vigentes en materia de régimen local.

Tras esa inicial toma de postura, el Tribunal analiza posteriormente el problema de ajuste a Derecho de la Ordenanza cuando exige que el beneficiario del aprovechamiento sea natural de la localidad —sin entrar a valorar si el recurrente en la instancia efectivamente tenía o no un derecho al aprovechamiento—. En primer lugar, constata que el requisito de arraigo se introdujo en la Ordenanza aprobada en 1972 de acuerdo con el procedimiento establecido, esto es, con el acuerdo de la Corporación, del Ministerio de la Gobernación y con el informe favorable del Consejo de Estado. Además, señala el Tribunal que esa condición coincidía con la costumbre local, que se incorporó así a la norma rectora y que trataba de evitar los abusos cometidos en esta materia. A continuación, el Tribunal confirma el ajuste de dicho requisito a las disposiciones invocadas por el recurrente en casación, que se refieren a “determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia”. Por lo que, finalmente, el Tribunal declara la Ordenanza conforme a Derecho, anula la Sentencia de instancia y estima el recurso de casación interpuesto.

6. INSTRUCCIÓN

A) Una Instrucción que tiene como finalidad la ordenación de un procedimiento debe considerarse como una norma de funcionamiento del órgano del que emana

La STS de 17 de octubre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), RJ 2007/7713, da respuesta al recurso de casación interpuesto por las entidades mercantiles “Canal Satélite Digital, SL” y “Sogecable, SA” contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena), de 9 de julio de 2002, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de la misma Sala de 25 de marzo de 2002. Este último Auto inadmitió el recurso interpuesto por las mismas entidades mercantiles contra la Instrucción sobre el procedimiento de elaboración del catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general previstos en el artículo 4.1 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, por considerar que dicha Instrucción no es susceptible de impugnación. Las recurrentes alegan dos motivos de casación.

a) En primer lugar, la infracción de los artículos 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, al entender que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho. Este motivo es rechazado por el Tribunal Supremo que considera que la decisión que denegó la admisión del recurso no incurrió en vicio de incongruencia y que contenía una motivación suficiente para conocer las razones que llevaron a adoptar tal medida, aunque no satisficiera las pretensiones de las recurrentes.

b) El segundo motivo de casación se apoya en la infracción de los artículos 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 4.1 y la Disposición Final Tercera de la Ley 21/1997, y con los artículos 1.c) y d), 5.4.d) y 8.3 y Disposición Final Segunda del Real Decreto 991/1998, de 22 de mayo, así como la infracción del artículo 97 de la Constitución, de los artículos 22, 51 y 52 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los artículos 23 y 24 de la Ley del

IV. Fuentes del Derecho

Gobierno, así como el artículo 107.1 de la Ley 30/1992; el artículo 25.1 de la Ley 29/1998 y los artículos 37 y 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Estos preceptos se vulnerarían por los Autos impugnados —según las entidades recurrentes— al declarar que la Instrucción no es susceptible de impugnación, por no ser una disposición de carácter general. Para resolver este problema el Tribunal Supremo analiza el contenido de la Instrucción. Señala el Tribunal que la Instrucción trataba de suplir la inactividad de los Departamentos Ministeriales competentes en la materia, en cuanto que al aprobar el RD 991/1998 no incluyeron las previsiones necesarias sobre la forma de dar audiencia a los interesados con carácter previo a la aprobación del Catálogo. Para ello se siguieron las indicaciones generales que establece la Ley 30/1992 con respecto al trámite de audiencia para los procedimientos administrativos. Asimismo, con el fin de hacer efectiva dicha audiencia, la Instrucción incluyó la obligación de publicar en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de que se estaba llevando a cabo la elaboración del Catálogo y de que se otorgaba trámite de audiencia con respecto a éste. Dicha publicación —especifica el Tribunal— nada tiene que ver con la publicación prevista para las instrucciones y órdenes de servicio de acuerdo con el artículo 21.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Por lo tanto, señala el Tribunal Supremo que la Sala de instancia no debió abortar el proceso aduciendo que la Instrucción no era susceptible de impugnación, sino que debió tramitar el proceso y pronunciarse sobre la naturaleza de la Instrucción. Con base en esta argumentación se estima el motivo de casación. Ahora bien, el Tribunal Supremo continúa analizando la naturaleza de la Instrucción impugnada con el fin de estimar o no el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia. Al respecto, afirma el Tribunal que la Instrucción no es una disposición general y hace referencia a la posibilidad de que se trate de una Instrucción distinta a las previstas en el artículo 21.1 de la Ley 30/1992, esto es, de una Instrucción del tipo de las instrucciones y circulares que pueden dictar determinados Entes públicos como las denominadas Agencias o Comisiones que operan en determinados mercados. Estas instrucciones tienen la cobertura que les brinda la Ley por la que se rige el Ente de que dimanen, poseen eficacia *ad extra* y obligan a aquellos a quienes se dirigen, pero carecen de la naturaleza de disposiciones generales, reglamentarias, porque no desarrollan una Ley. Sin embargo, el Tribunal tampoco parece estar conforme con esta opción, y concluye que, en realidad, la Instrucción es simplemente una norma de funcionamiento del Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas, en la medida en que trataba de garantizar simplemente el trámite de audiencia a los interesados conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992. La Instrucción trata de ordenar el funcionamiento del Consejo y establecer el modo en que puede hacer posible el cumplimiento de uno de sus fines esenciales como es la aprobación del Catálogo, diseñando el trámite de audiencia que viene obligado por un precepto legal. Así pues, conforme a estos razonamientos el Tribunal Supremo estima, finalmente, el recurso de casación —al entender que la Sala de instancia debía haber continuado con el proceso— y desestima el recurso contencioso-administrativo al considerar que la Instrucción es conforme a Derecho, en cuanto que era una norma de funcionamiento del órgano del que emanaba.

B) Conformidad a Derecho de las Instrucciones que no innovan el ordenamiento jurídico y contienen únicamente directivas de actuación

En la STS de 19 de noviembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), JUR (sin determinar), el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala

de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta) de 25 de septiembre de 2002, que estimó el recurso deducido por el Colegio de Abogados de Zaragoza contra la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 17 de febrero de 1998 relativa a “Principios generales de publicidad formal y actuaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa”.

El Abogado del Estado aduce como motivo de casación la infracción del artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la doctrina constitucional sustentada en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1994 y de 19 de febrero de 1986. Entiende que la Sentencia de instancia anula la Instrucción impugnada al considerarla una norma que innova el ordenamiento jurídico, cuando, en realidad, la Instrucción se limita a dirigir las actividades de los Registradores dependientes jerárquicamente de la DGRN en virtud de la facultad establecida en el artículo 3.1 del RD 1882/1996 de estructura del Ministerio de Justicia —vigente en el momento en que se adoptó la Instrucción—.

Para resolver el recurso el Tribunal Supremo analiza cada uno de los puntos de la Instrucción impugnada con el fin de determinar cuál es el verdadero carácter o finalidad de su regulación. Tras ese análisis, da la razón al Abogado del Estado. Considera el Tribunal que la Instrucción es una norma de tono menor, que no innova el ordenamiento jurídico. Contiene directivas de actuación que se engarzan en el ámbito de la organización administrativa con base en el principio de jerarquía y con un contenido y finalidad específicos dirigidos a los Registradores de la Propiedad. Con base en estos argumentos estima el motivo de casación.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de Igualdad

a) La vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva exige la comparación entre situaciones completamente iguales

La STS de 14 de noviembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), RJ 2007/8197, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Castellcir contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta), de 6 de febrero de 2004, que desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento mencionado contra el Decreto 207/1998, por el que se aprueba la alteración parcial de los términos de Castellcir y Sant Quirze Safaja.

En primer lugar, el Tribunal analiza los motivos de casación referidos a la supuesta indefensión que causó al recurrente la Sentencia de instancia y los rechaza, al entender que la Sala *a quo* no realizó una valoración irrazonable de las pruebas, ni se apoyó en pruebas ajenas al proceso. A continuación, el Tribunal se centra en la invocación de una supuesta infracción del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el mismo Tribunal se pronuncia de

IV. Fuentes del Derecho

forma distinta sobre situaciones iguales: en la Sentencia 905/2003, de 6 de octubre, el Tribunal desestima la segregación por entender que la falta de resolución del expediente en el plazo de seis meses produce efectos desestimatorios de la solicitud de segregación, mientras que en el caso de autos no considera de aplicación ese silencio negativo, pese a iniciarse ambos expedientes cuando ya estaba totalmente en vigor la Ley 30/1992. El Tribunal Supremo rechaza de plano este motivo de casación al entender que existe un criterio diferenciador de ambas situaciones que justifica el trato desigual. En el caso de contraste invocado el Ayuntamiento petitionerio de la segregación había solicitado la certificación de acto presunto, mientras que en el caso de autos no. Por lo tanto, no se vulneran los principios invocados, que requieren situaciones completamente iguales entre los casos puestos en comparación. El resto de motivos, referidos a la infracción del régimen general del silencio administrativo y de la normativa autonómica también se rechazan por el Tribunal, por lo que se desestima el recurso de casación.

b) La vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo exige probar la vinculación entre los hechos denunciados y la maternidad de la recurrente

En la **STC 235/2007, de 5 de noviembre**, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por doña E.A.P. por vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de sexo. La demandante impugna una sentencia de la Sección Primera de lo Social, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que considera que no ha protegido suficientemente dicho derecho fundamental, vulnerado por la empresa en la que presta sus servicios, al discriminarla como consecuencia de su baja por maternidad y de la posterior excedencia que solicitó para cuidar de su hijo prematuro.

A juicio de la recurrente, los pronunciamientos judiciales no apreciaron que su complicado embarazo, con varias bajas y consiguiente maternidad, y la sucesiva excedencia para el cuidado de su hijo prematuro, motivaron las conductas discriminatorias que denuncia, pues la empresa no le reservó su puesto de trabajo tras la excedencia, contrató a un empleado varón para la realización del trabajo que ella desarrollaba antes de su maternidad (incumpliendo de ese modo lo que dispone el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: LET), le privó de ocupación efectiva, de sitio físico donde estar y de herramientas de trabajo, y le encomendó, tras su reincorporación, un trabajo de inferior categoría profesional al que desempeñaba con anterioridad, circunstancias todas ellas acreditadas y discriminatorias y que, a su juicio, los órganos judiciales no tomaron en consideración. El Ministerio Fiscal respalda las tesis de la recurrente. La empresa se opone a los argumentos formulados por la recurrente, alegando que su actuación se fundamentó en cada momento en las necesidades de la empresa, no en ningún tipo de motivo discriminatorio.

El Tribunal Constitucional entiende que debe analizar las quejas de la demandante de amparo con una doble perspectiva. Por una parte, examinando si las decisiones empresariales cuestionadas responden a un ánimo discriminatorio de represalia frente al previo ejercicio del derecho de excedencia, y, en segundo término, incluso si dicha intencionalidad no existe, analizando si los incumplimientos normativos que la recurrente atribuye al empleador en el momento posterior al ejercicio de su derecho de excedencia (señaladamente, la privación de su derecho a la reserva de puesto de trabajo y la falta de ocupación efectiva) representan objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, no siempre se produce una conexión automática entre incumplimiento normativo y vulneración del derecho fundamental. Es concebible un incumplimiento de la Ley que regula los derechos y garantías de la trabajadora ejercitante del derecho asociado a la maternidad que no tenga una motivación discriminatoria y que no ocasione, tampoco, perjuicios que quepa encuadrar en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE en los términos anteriormente indicados. Se trata del caso de las infracciones legales que están desvinculadas del factor constitucionalmente protegido o que no llevan aparejados un trato peyorativo en las condiciones de trabajo o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora. Se estaría en tales supuestos en presencia de situaciones antijurídicas, en tanto que revelarían la inaplicación de la ley, pero que carecerían (por hipótesis) de dimensión constitucional. De otro modo el artículo 14 CE no ampararía frente a las situaciones de discriminación por razón de sexo, sino ante toda desatención de la ley que se produzca en casos en los cuales la prohibición de discriminación *prima facie* pudiera entrar en juego aun cuando, en definitiva, materialmente no resultase comprometida.

Se ha producido una discrepancia entre la empresa y la trabajadora sobre las funciones a desarrollar por ésta y sobre cuáles deberían ser, tras su reincorporación, las condiciones de prestación en el puesto de trabajo que ha debido serle reservado. Pero no resulta acreditado en el caso ningún hecho probado que ponga en cuestión que se hayan respetado la categoría profesional y los derechos económicos y profesionales de la trabajadora. Ésta realiza funciones que ya desempeñaba, que no se han declarado en ningún momento impropias de su categoría ni inferiores a las del área contable que en origen también desarrollaba. Tampoco existen datos para inferir que haya sufrido otro tipo de limitaciones en sus derechos o en sus condiciones de trabajo, especialmente en las retributivas (cobra su salario por encima de lo previsto en el convenio y en mayor cuantía que otros compañeros), al igual que no existe constancia alguna de que no haya podido beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia, o de que se le haya privado de derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio de la excedencia. Por otra parte, no se la ha sometido a una espera para la reincorporación, la cual se ha producido de manera automática, pudiendo presumirse que ha tenido lugar con los derechos consolidados antes y durante la excedencia, pues no se ha formulado ninguna alegación sobre incidencias negativas a ese respecto, en particular en el cómputo de la excedencia a los efectos de la antigüedad, al no ponerse en cuestión que ésta haya sido reconocida tanto a los fines de la promoción profesional como a efectos estrictamente económicos. Y, finalmente, tampoco hay prueba de otros perjuicios, como, por ejemplo, los relativos a posibles limitaciones de derechos de actualización profesional o formativos, por citar tan sólo aquellos que expresamente contempla el artículo 46.3 LET.

En consecuencia, el Tribunal declara que no se aprecia una motivación discriminatoria en la conducta empresarial, ni tampoco se advierte la causación de un perjuicio de carácter discriminatorio si ponemos en relación la regulación legal aplicable, los actos empresariales cuestionados y el trato recibido en sus derechos y expectativas laborales por la trabajadora recurrente en amparo, pues no se ha acreditado la producción en el caso de un perjuicio efectivo que quepa conectar, en última instancia, con el previo ejercicio del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos. El Tribunal desestima el recurso de amparo interpuesto.

IV. Fuentes del Derecho

c) La regulación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, relativa a la composición equilibrada de las listas electorales entre hombres y mujeres, que modifica la regulación de la Ley Orgánica Electoral General, no vulnera el principio de igualdad

La STC 12/2008, de 29 de enero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad y una cuestión de inconstitucionalidad planteados contra la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo el artículo 44 bis en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).

El citado artículo 44 bis LOREG dispone que las listas que se presenten a las elecciones a las que hace referencia “deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”.

Según el Tribunal, dicha reforma legislativa, pretendiendo la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.

El Tribunal Constitucional considera que no cabe entender que una medida legal como la impugnada pueda suponer la infracción del principio de igualdad, ya que, por el contrario, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura. El Tribunal desestima que la regulación enjuiciada vulnere el principio de igualdad.

d) La falta de aportación por el recurrente de la Sentencia del Tribunal Supremo que alega como término de contraste impide al Tribunal Constitucional estimar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley

En la STC 13/2008, de 31 de enero, el Tribunal resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley frente al Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, respectivamente, inadmitió el recurso de revisión y desestimó la demanda sobre mejor derecho al título de Marqués de Berlanga.

El Tribunal destaca la necesidad de acreditar un *tertium comparationis* para entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro.

La aplicación concreta de esta doctrina al caso permite descartar la lesión del artículo 14 CE. Como el propio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, la parte recurrente no adjunta a su demanda de amparo, a pesar de ser una carga de esta parte procesal el hacerlo, la resolución judicial de la Sala Primera del Tribunal Supremo aducida como término de contraste, siendo suficiente con ello para no poder atender este motivo de amparo, pues la concreta y real aportación de un *tertium comparationis* adecuado por la parte recurrente es el primer requisito desde un punto de vista lógico para poder apreciar en cada específico caso una eventual vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

e) Significado y ámbito de aplicación de los preceptos constitucionales que regulan el principio de igualdad

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1.

Este precepto estatutario dispone lo siguiente:

“Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley.”

El Tribunal Constitucional, frente a la alegación de los recurrentes de que esta regulación vulnera el principio de igualdad, analiza las distintas referencias a este principio que figuran en la Constitución. Partiendo del análisis de la regulación constitucional, destaca que junto a los principios de unidad, autonomía y solidaridad la Constitución proclama en su artículo 139.1 como principio general de la organización territorial del Estado (Capítulo Primero, Título VIII, CE), la igualdad. Sin embargo, es necesario precisar el ámbito en que se proyecta el principio de igualdad y también su alcance, pues lo hace, esencialmente, en un ámbito distinto al que es propio de aquellos otros tres principios. La jurisprudencia constitucional ha precisado expresamente que el principio de igualdad, que se predica de los ciudadanos, no excluye la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas.

La conclusión que se ha expuesto deriva de que la Constitución vincula el principio de autonomía con el llamado principio dispositivo (artículo 147.2, en conexión con el artículo 149.3 CE). Este principio dispositivo permite que, actuando dentro de los límites que le marca la Constitución, de modo expreso, del artículo 138.2 CE, existan “diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas”, si bien esas diferencias “no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales. Al respecto, conviene apuntar ya la idea de

IV. Fuentes del Derecho

que la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles se garantiza por Ley de las Cortes Generales (artículos 81.1 y 149.1.1 CE), pero las Leyes autonómicas, garantizada esa igualdad fundamental en la materia de que se trate, pueden también incidir en dichas posiciones jurídicas, si han asumido competencias sobre ellas:

“La interpretación del artículo 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2º).

Es necesario, pues, distinguir los planos en que actúan el artículo 14 CE, de un lado, y, de otro, los principios y reglas que operan en la esfera de la distribución de competencias y su reflejo en las condiciones de vida de los ciudadanos: “Uno es, en efecto, el ámbito propio del principio constitucional de igualdad ex artículo 14 (principio que impide, en lo que aquí interesa, que las normas establezcan diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo Legislador) y otro, sin duda alguna, el alcance de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las divergencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias. Estos últimos preceptos (y, entre ellos, los artículos 139.1, 149.1.1ª y 149.1.18ª, invocados en la presente cuestión) aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía (por todas, STC 122/1988, FJ 5º). Pero ni la igualdad así procurada por la Constitución, igualdad integradora de la autonomía, puede identificarse con la afirmada por el artículo 14 (precepto que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas) ni cabe tampoco sostener que esta última igualdad en la Ley y ante la Ley resulte menoscabada a resultados de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias. Como dijimos ya en la STC 76/1986 (FJ 3º), la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad (aunque sí, claro está, a otro tipo de controversia constitucional)” (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5º).

En definitiva, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley que incorpora el artículo 14 CE no puede concebirse haciendo caso omiso de la diversidad normativa que deriva directamente de la Constitución (artículos 2 y 149.3), pero debe hacerlo dentro de ciertos límites (fundamentalmente, los derivados del artículo 149.1.1ª CE para el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y del artículo 139.1 CE, en su alcance general).

En esta sentencia el Tribunal dispone que la regulación del artículo 17 del Estatuto valenciano, no vulnera ninguno de los preceptos constitucionales referentes a la igualdad a los que ha hecho alusión. El artículo 17.1 EAV regula “el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad”. A esta primera determinación, el precepto une otras dos: el reconocimiento del “derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad” y el “derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura”. Por tanto, en principio, en la literalidad del precepto, el derecho al agua tendría un enunciado o determinación genérica (derecho al abastecimiento), que se concretaría en las dos dimensiones aludidas (derecho a los sobrantes de cuencas excedentarias y derecho a una cantidad suficiente de agua de calidad).

Lo primero que hay que destacar es que el artículo 17.1 EAV no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución (Capítulo II del Título I), esto es, en sus propios términos, no se identifica con ninguno de ellos. Por lo tanto, en cuanto que enunciado en un Estatuto, no goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el artículo 53.1 CE: regulación reservada a la Ley, respeto a su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos. Es decir, no estamos ante un derecho que pueda ser incluido en el ámbito de los “derechos fundamentales y libertades públicas” que la Constitución reconoce y garantiza, pues estos últimos “son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (artículo 53 CE)” (STC 39/1983, de 17 de mayo, FJ 2º).

El Tribunal parte de que el artículo 17.1 EAV no establece ningún derecho subjetivo, puesto que su previsión normativa ha de conectarse con el artículo 10.2 EAV en su nueva redacción, que dispone que “mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, como expresión del espacio cívico de convivencia social de los valencianos, que contendrá el conjunto de principios, derechos y directrices que informen la actuación pública de la Generalitat en el ámbito de la política social”. El derecho al abastecimiento de agua regulado en el artículo 17.1 EAV constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho previsto en la Constitución (artículo 1.1). SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 248/2007, de 13 de diciembre.

B) Principio de seguridad jurídica: se entiende vulnerado cuando el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa”, de tal manera que “sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto norma-

IV. Fuentes del Derecho

tivo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.

En la **STC 238/2007, de 21 de noviembre**, se plantea la posible infracción de este principio en el proceso de adjudicación del Fondo de Compensación Interterritorial. El Gobierno de la Nación comunica a las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía beneficiarias del Fondo de compensación interterritorial la cifra que, de conformidad con sus previsiones, va a constituir la base de cálculo del citado instrumento; posteriormente se suele producir algún desfase en más o en menos derivado de fijar la cifra definitiva de la inversión pública del Estado y de sus organismos autónomos. A juicio del Tribunal, esta regulación en modo alguno afecta al principio de seguridad jurídica, ya que las Comunidades Autónomas receptoras del citado Fondo pueden conocer de forma anticipada y precisa la cifra que les permite proyectar sus inversiones. No existe, pues, falta de claridad o confusión normativa en los preceptos impugnados que puedan generar en sus destinatarios, las Comunidades Autónomas y, desde el día 1 de enero de 2002, también las Ciudades con Estatuto de Autonomía, una incertidumbre insuperable acerca de la conducta que deban adoptar, sino una forma de actuar de los poderes públicos implicados que, aun cuando pueda admitir ofrecer otras alternativas, carece de relevancia constitucional. En este sentido, *vid.* **STC 248/2007, de 13 de diciembre**.

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. Formas de actuación de la Administración.** A) Vía de hecho o actividad material de la Administración. a) Existencia de vía de hecho: actuación desproporcionada de la Administración excedida de los límites que el acto permite. b) Inexistencia de vía de hecho en una orden verbal. **3. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite. a) Acto de trámite inimpugnable: declaración de impacto ambiental. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Existencia de motivación: informe de comisión calificadora. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Ejecución. a) Ejecución improcedente de acto administrativo presunto por inexistencia de firmeza. **6. Eliminación del acto.** A) Error material. a) Rectificación de abono de cantidades indebidas por reconocimiento de trienios: innecesariedad de revisión de oficio. b) Error aritmético en el cálculo de la puntuación otorgada a un ejercicio de una prueba selectiva: límites.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre (ambos incluidos) de 2007, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo; y de los meses de junio a octubre (incluido) de 2007 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período destaca la STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2007, Ar. JUR 2007/311469, en la que se afirma que la vía de hecho se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración excedida de los límites que el acto permite.

2. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Vía de hecho o actividad material de la Administración

a) Existencia de vía de hecho: actuación desproporcionada de la Administración excedida de los límites que el acto permite

La STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2007, Ar. JUR 2007/311469, se pronuncia acerca de la actuación administrativa material consistente en el cierre de una vía al tránsito rodado de vehículos. Para el Tribunal, resulta evidente que el impugnado corte y cierre al tránsito es una actuación material constitutiva de vía de hecho. Justifica esta decisión no ya porque no exista resolución que la autorice, o porque ésta incurra en desviación de poder, sino porque hay una ausencia total de procedimiento, ya que el acto administrativo carece de fuerza legitimadora atendiendo su grado de licitud. Como señala la STS de 8 de junio de 1992, la vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración excedida de los límites que el acto permite.

b) Inexistencia de vía de hecho en una orden verbal

La STSJ de Cantabria de 2 de julio de 2007, Ar. RJCA 2007/636, considera que no existe vía de hecho en una orden verbal de un Gerente de Atención Primaria dirigida al personal a su servicio y encaminada a custodiar, dispensar y administrar la metadona trasladada a su centro de salud. El Tribunal justifica su decisión en que dicha actuación está amparada por un acto administrativo expreso. Además, esta orden verbal se enmarca en la implantación de un Programa de Reducción de Daño y del Plan Regional sobre Drogas. Todo ello lleva al Tribunal a considerar que la actuación en cuestión viene amparada por una cobertura jurídica que despeja la incógnita de que fuese susceptible de calificarse de “una irregularidad grosera” e “inexistencia de acto” de la Administración.

3. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Actos de trámite

a) Acto de trámite inimpugnable: declaración de impacto ambiental

La STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2007, Ar. RJCA 2007/633, recuerda una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la Declaración de Impacto Ambiental lo que le conduce a entender que el legislador la configura como un acto administrativo, aunque esencial, de trámite o no definitivo, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual, sin embargo, no queda necesariamente determinado. Su carácter instrumen-

tal o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. La declaración de inadmisibilidad del recurso contra la declaración de impacto ambiental no produce ni indefensión, ni perjuicio irreparable, ya que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados por ella van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Existencia de motivación: informe de comisión calificadora

La STS de 2 de octubre de 2007, Ar. RJ 2007/7207, recuerda que la exigencia de motivación de los actos administrativos, impuesta con carácter general por el artículo 54 LRJPAC responde a una triple necesidad: en primer lugar, expresa la racionalidad de la actuación administrativa al llevar a cabo la interpretación de la voluntad de la norma; en segundo lugar, permite que los destinatarios del acto puede conocer esas razones y eventualmente someterlas a crítica; y, por último, abre las puertas a la fiscalización por los Tribunales de lo contencioso de los actos o disposiciones impugnados, con el alcance previsto en el artículo 106.1 CE. Descendiendo ya a valorar la conducta administrativa concreta, el Tribunal considera que la resolución dictada por la Administración, apoyándose en el parecer técnico de una Comisión Calificadora, expresa las razones por las que no concede la especialidad solicitada, concretamente que los trabajos llevados a cabo por la recurrente, mérito que opera como presupuesto para la concesión del Título de Especialista en Farmacia Industrial y Galénica solicitado, se había desarrollado en el ámbito del “control de calidad” y no en el sector de Farmacia Industrial y Galénica. La referida motivación, aunque sucinta, permite a la recurrente conocer las razones que han llevado a la Administración a denegar su solicitud, hace posible articular una eventual impugnación de la decisión administrativa en sede judicial, y es suficiente para que un Tribunal pueda llevar a cabo la fiscalización de la actuación administrativa.

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Ejecución

a) Ejecución improcedente de acto administrativo presunto por inexistencia de firmeza

En la STS de 1 de octubre de 2007, Ar. RJ 2007/7033, se parte de que todo el planteamiento de la demandante descansa en la consideración de que es aplicable al caso la previsión contenida en el artículo 43.2, párrafo 2º, LRJPAC, en cuya virtud “(...) cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por

transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa del mismo”. Según la recurrente, la norma transcrita es de aplicación al caso presente pues el procedimiento iniciado con su escrito fue desestimado por silencio y luego el recurso de alzada que formuló contra esa desestimación no fue resuelto dentro del plazo legalmente establecido. Pero sucede que, en realidad, el mencionado escrito no es una solicitud o petición, sino un recurso. Una vez establecido por el Tribunal que dicho escrito es un recurso, no resulta aplicable aquí la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 43.2 LRJPAC, sino la regla contenida en el párrafo primero del mismo artículo 43.2, donde se establece que en los procedimientos de impugnación de actos o disposiciones el silencio tendrá efecto desestimatorio. Por tanto, no existe el acto firme cuya ejecución pretende la demandante y que consistiría en la estimación por silencio, en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 43.2 LRJPAC, del recurso de alzada, y no existiendo ese acto firme que alega el demandante, su petición de ejecución debe ser desestimada.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Error material

a) Rectificación de abono de cantidades indebidas por reconocimiento de trienios: innecesariedad de revisión de oficio

Las SSTSJ de Madrid de 13 de junio de 2007, Ar. JUR 2007/268306, y de 14 de junio de 2007, Ar. JUR 2007/268264, citando, a su vez, abundante jurisprudencia, recuerdan que el hecho que el recurrente haya percibido una cantidad superior a la legalmente determinada por el concepto retributivo de trienios no significa que exista un acto declarativo de derechos alguno. El reconocimiento de trienios sí es un acto administrativo que incorporado al patrimonio del actor precisaría de un procedimiento de revisión de oficio si se intentara dejar sin efecto, pero la cuantía que se abone en absoluto participa de tal naturaleza. El pago del trienio, si ha sido erróneo y a favor del demandante, obliga a la devolución de lo indebidamente percibido en relación con el período no prescrito, rectificando el simple error cometido, sin precisar la apertura de procedimiento administrativo alguno tendente a dejar sin efecto un acto anterior que en realidad no existe.

b) Error aritmético en el cálculo de la puntuación otorgada a un ejercicio de una prueba selectiva: límites

La STSJ de Castilla y León de 8 de junio de 2007, Ar. RJCA 2007/585, siguiendo una abundante jurisprudencia, califica como un mero error aritmético del artículo 105.2 LRJPAC la rectificación llevada a cabo por un Ayuntamiento por razón de un error de cálculo en la puntuación de un ejercicio de uno de los aspirantes, tratándose de una equivocación en la realización de una operación matemática de multiplicación y suma. Verificado esto, el Ayuntamiento en cuestión, a través de un decreto de la alcaldía, deja sin efecto un acto anterior por

V. Actos, Procedimiento y Contratos

el que se nombraba policía local al aspirante equivocado, y, a través de otro decreto, nombra a otro en lugar del anterior.

Ante la constatación de esta situación, el Tribunal recuerda que, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, “no puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento específico (...)”. El contraste entre los antecedentes del caso y esta doctrina jurisprudencial conduce al Tribunal a considerar que los nuevos decretos de la Alcaldía cambian el sentido del precedente pues varía uno de los nombramientos, lo que implica una vulneración a los límites de la rectificación de errores, siendo ello constitutivo de invalidez en grado de anulabilidad del artículo 63 LRJPAC.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) La coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías.

B) Supuestos en los que la adjudicación de contratos públicos precisan o no precisan licitación de forma obligatoria. Caso de la celebración de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA. C) Presupuestos indispensables para la existencia de un contrato administrativo. 3. Formas de adjudicación.

A) Concurso. a) Distinción entre criterios objetivos y subjetivos de contratación. El artículo 86.1 del TRLCAP no reconoce la experiencia como criterio para la adjudicación de un concurso. b) Aplicación de la presunción de baja temeraria en el concurso. c) Motivación suficiente en la adjudicación de un concurso. 4. Ejecución de los contratos. A) Aplicación de la teoría del riesgo imprevisible. 5. Contratos administrativos típicos. A) Contrato de obras.

a) No es procedente retener la garantía definitiva prestada en un contrato de obras, una vez expirado el plazo de garantía, ante la eventualidad de que pudiera prosperar la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por un tercero contra la Administración contratante, por daños producidos al ejecutarse la obra.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre de 2007 a febrero 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) La coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías

La STJCE de 13 diciembre 2007, Sala Cuarta, As. C-337/06, apartados 38 y 39, reiterando su doctrina, afirma lo siguiente:

“(…) el Tribunal de Justicia ha declarado que la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro (…).

En lo que atañe más concretamente a los contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve este mismo objetivo principal, es decir, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartados 44 y 47)”.

B) Supuestos en los que la adjudicación de contratos públicos precisan o no precisan licitación de forma obligatoria. Caso de la celebración de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA

La STJCE de 18 diciembre 2007, Sala Primera, As. C-220/06, apartados 39 a 41, 50, 58, 59, 87 y 88, recoge la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, y analiza un convenio de colaboración celebrado entre las Administraciones Públicas y “una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro” (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA), en virtud del cual se encarga la prestación de servicios postales reservados y no reservados a dicha sociedad. El análisis en concreto se centra en determinar si ese convenio de colaboración puede realizarse al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos.

El Tribunal en su razonamiento distingue entre servicios postales reservados y no reservados con arreglo a la Directiva 97/67.

En lo que concierne a los servicios postales reservados, el TJCE establece lo siguiente:

“(…) Con carácter liminar, procede recordar que el artículo 7 de la Directiva 97/6 autoriza a los Estados miembros a reservar determinados servicios postales al proveedor o proveedores del servicio postal universal, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de dicho servicio postal universal. Por consiguiente, siempre que se hayan reservado, de conformidad con la citada Directiva, servicios postales a un único proveedor del servicio

V. Actos, Procedimiento y Contratos

postal universal, será inevitable que tales servicios queden al margen de la competencia, ya que ningún otro operador económico estará autorizado a prestarlos.

Por lo tanto, es preciso declarar que, en lo que atañe a tales servicios reservados, no resultan aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo objetivo principal es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (Sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 58).

Procede, pues, responder a la cuestión planteada que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro”.

En lo referente a los servicios postales no reservados, con arreglo a la Directiva 97/67, lo primero que sienta el TJCE es que

“(…) la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véanse, en este sentido, las Sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-0000, apartado 30)”.

Posteriormente recuerda el Tribunal que

“(…) según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49; Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 33, así como Asemfo, antes citada, apartado 55). Y afirma el Tribunal que en este supuesto, “(…) sin que resulte necesario analizar con mayor detenimiento la cuestión de si se cumple el primero de los dos requisitos mencionados en el apartado anterior, basta con declarar que en el litigio principal no se cumple el segundo requisito. En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública

en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal”.

Al no cumplir el convenio de colaboración controvertido el segundo de los requisitos mencionados en el apartado anterior, afirma el Tribunal de Justicia que

“no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 TCE, 43 TCE y 49 TCE, así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica. Procede, pues, responder también a la cuestión planteada que tanto los artículos 43 TCE, 49 TCE y 86 TCE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/6 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último (...)”.

C) Presupuestos indispensables para la existencia de un contrato administrativo

En la **SAN de 30 noviembre 2007** (recurso contencioso-administrativo 232/2005), FFDD 2º y 3º, se plantea el siguiente caso:

Los actores formularon reclamación previa ante el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (MNCARS), en reclamación una determinada cantidad, en concepto de honorarios profesionales como retribución por la entrega de tres anteproyectos arquitectónicos para la restauración de pabellones en dicho Centro, alegando haber realizado y entregado dichos anteproyectos, y que los citados trabajos fueron realizados por encargo de la Dirección del MNCARS, siendo entregado el anteproyecto final y presentado en paneles para su exposición al Patronato del Museo con todos los contenidos del estudio, todo lo cual se llevó a cabo a petición de la Dirección y la Gerencia del MNCARS.

Dicha reclamación fue desestimada con base en que en ningún momento la Dirección del MNCARS encargó de manera formal a los reclamantes la elaboración de estudio o anteproyecto alguno, no habiéndose pactado cantidad alguna en concepto de honorarios en las reuniones celebradas al respecto, y no pudiendo admitirse la existencia de un contrato verbal de arrendamiento de servicios.

Ante ello, la Sentencia de la Audiencia Nacional afirma que no existe tal contrato administrativo. La argumentación en la que basa la decisión es la que sigue:

V. Actos, Procedimiento y Contratos

De acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos “(...) son presupuestos indispensables para la existencia del contrato administrativo, en primer lugar, la tramitación del expediente de contratación, en el que han de figurar el pliego de cláusulas administrativas y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, así como el plazo de duración del mismo, y el precio fijado o el sistema para su determinación; en segundo lugar, el procedimiento para la adjudicación del contrato, que podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado; y en tercer lugar, la adjudicación definitiva, realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados (...)”. Y en este supuesto, “(...) si bien es cierto que han existido reuniones entre éstos y la Dirección y Gerencia del MNCARS tendentes a la realización de determinadas obras de reestructuración y ampliación en el Museo, sin embargo, tales reuniones no han culminado finalmente en la tramitación del preceptivo procedimiento de contratación administrativa que materialice la voluntad de contratar, en el que se incorporen los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que delimiten los términos en los que ha de desarrollarse la preparación, adjudicación y posterior ejecución del contrato ni, por tanto, la aprobación del gasto y el procedimiento de adjudicación, en cualquiera de sus modalidades, ni en definitiva, la adjudicación expresa por el órgano competente, en este caso el Director del MNCARS a tenor del artículo 8 del Real Decreto 318/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de dicho Organismo Autónomo, con lo que es evidente que no puede considerarse en forma alguna perfeccionado el contrato. Extremos estos que se constatan en las actuaciones, y que harían en consecuencia intrascendente la prueba testifical propuesta por la parte actora y no admitida en los presentes autos, cualquiera que fuese su resultado, ante la inexistencia no discutida de los documentos pertinentes a efectos de la tramitación y culminación de los trámites esenciales mencionados (...)”.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Distinción entre criterios objetivos y subjetivos de contratación. El artículo 86.1 del TRLCAP no reconoce la experiencia como criterio para la adjudicación de un concurso

La STSJ de la Comunidad Valenciana 1439/2007, de 3 octubre (recurso de apelación 192/2006), FD 4º, en consonancia con la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, en relación con la validez de determinadas cláusulas contenidas en el pliego de condiciones particulares, en concreto: C) Plan de control de calidad del agua y de los vertidos (hasta 10 puntos); D) Compromiso de calidad en la gestión del servicio (hasta 30 puntos); E) Mejoras en el servicio derivadas de la implantación de la empresa (hasta 10 puntos), y G) Medios materiales para el mantenimiento y asistencia técnica del servicio (hasta 20 puntos), afirma lo siguiente:

“Los apartados C, D, E y G vienen considerados por el Pliego como condiciones de adjudicación del contrato, como criterios objetivos de adjudicación, cuando lo cierto es que se

trata de condiciones subjetivas, de solvencia de los licitadores, se trata de requisitos para poder contratar no para adjudicar los contratos. Se trata de una evidente confusión entre las condiciones de capacidad y requisitos para contratar regulados en el Capítulo I del Título II del TRLCAP (artículos 11, 16 a 19) y los criterios de adjudicación previstos en el Capítulo VIII del Título III de dicha normativa legal. En efecto, la solvencia técnica, las condiciones del laboratorio, su sistema de control de calidad, su reconocimiento por la Administración de Cuenca competente, son condiciones previas para contratar, para ser seleccionado en un concurso y poder realizar la correspondiente oferta, entrando en la fase de adjudicación en la que se utilizarán otros criterios objetivos de valoración, tal como dispone el artículo 86.1 TRLCAP. Sin embargo, el Pliego retoma indebidamente en la fase de adjudicación criterios subjetivos que afectan a la capacidad para contratar, lo que supone una duplicidad de valoraciones y una errónea línea de valoración de ofertas, contraviniendo con ello el marco legal de contratación.”

Para finalizar, en el mismo FD 4º de la sentencia, el Tribunal afirma que no es ajustado al ordenamiento jurídico (artículo 86.1 TRLC) que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se recoja la experiencia como criterio para la adjudicación de un concurso:

“(…) Por último, en los apartados D y E del citado artículo 27 del Pliego se valoran los compromisos avalados por anteriores experiencias y las mejoras justificadas por servicios prestados anteriormente, es decir, se valora la experiencia anterior en el servicio. Tal criterio de adjudicación es contrario al principio de libre competencia en materia de contratación pública, contraviniendo las directrices de la normativa de contratación de la Unión Europea, pues como han puesto de relieve las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo y 27 de octubre de 2004, ello supone una discriminación para quienes concursan en detrimento de la libre competencia, so pena de provocar que sean siempre las mismas empresas las que presten los servicios públicos contratados. En tal sentido merece destacar que el artículo 86.1 del TRLCAP no reconoce la experiencia como criterio para la adjudicación de un concurso, dando fin a la evolución legislativa producida como consecuencia de la homologación de nuestro ordenamiento de contratación al marco europeo”.

b) Aplicación de la presunción de baja temeraria en el concurso

La SAN de 21 noviembre 2007 (recurso contencioso-administrativo 57/2007), FFDD 3º y 4º, analiza la aplicación de la presunción de temeridad en la baja en el concurso, en los términos que a continuación se reproducen:

“Esta ‘presunción’, que no certeza absoluta de temeridad en la baja, está presente tanto en la subasta como en el concurso y es más lógica aun en el concurso si tenemos en cuenta que a diferencia de la subasta donde el precio es fundamental y la regla de adjudicación es la del mejor postor (artículo 82.1 TRLCAP ‘... adjudicación del contrato al postor que ofrece el precio más bajo’), en el concurso entran en juego otros parámetros (artículo 86 del

V. Actos, Procedimiento y Contratos

TRCAP ‘... el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes,...’), con lo cual sin desconocer el aspecto económico se busca la oferta más conveniente o ventajosa al objeto contractualmente buscado (artículo 88.2 TRLCAP) y de ahí que “se adjudicarán por concurso aquellos contratos en los que la selección del empresario no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo” (artículo 85 del TRLCAP).

Precisamente en el ámbito comunitario europeo se ha venido remarcando, en aras a sustentar la competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, la necesidad de evitar que las “ofertas anormalmente bajas” sean automáticamente rechazadas por aplicación de simples criterios matemáticos sin comprobar la posibilidad de su cumplimiento.

Precisamente la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo máximo de transposición venía fijado para el 31 de enero de 2006, en su artículo 55 determina:

“Ofertas anormalmente bajas.

1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
- e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.

Añadiremos que éste es el sistema que claramente se establece en la recientemente publicada Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, que incorpora

al ordenamiento jurídico español la Directiva anteriormente citada (...). En esta nueva normativa, no aplicable al caso por razones temporales, se abandona la anterior terminología de bajas temerarias, sustituyéndose por la usual en el ámbito europeo de ofertas anormales o desproporcionadas. En el artículo 136 de la Ley anteriormente citada se distingue, a los efectos de la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de una oferta, si el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato es el de su precio o si debe considerarse más de un criterio de valoración y normativamente se determina que cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado, debiéndose solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Expuesto el ámbito normativo que regía y regirá las ofertas con valores anormales o desproporcionados, es evidente que ni se establecía ni se establece una exclusión matemática y automática y en lo que concierne al caso de autos, lo único que se destacó fue una presunción inicial de desproporción a la baja en la oferta económica, sobre la que se actuó conforme a derecho.”

c) Motivación suficiente en la adjudicación de un concurso

La SAN de 7 de noviembre de 2007 (recurso contencioso-administrativo 273/2005), FFDD 3º y 4º, recoge la asentada jurisprudencia en esta materia y afirma que

“(...) el Tribunal Supremo viene aceptando la corrección de la motivación escueta asignando puntuación a las empresas ateniéndose al pliego de condiciones y con remisión a él (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de junio de 2004, recurso 5035/2000). Ello es lógico pues estamos en un proceso de concurrencia al que se ha de aplicar lo establecido en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte. Por ello ha de aceptarse la motivación por referencia a los informes técnicos obrantes en el expediente, en los que su detalle da razón objetiva de la adjudicación (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 22 de marzo de 2006, recurso 729/2004)”.

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Aplicación de la teoría del riesgo imprevisible

La STSJ de Castilla y León (Burgos) 608/2007, de 21 diciembre (recurso de apelación 189/2007), FD 3º, realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la llamada teoría del riesgo imprevisible, que por su interés doctrinal reproducimos:

“Para la solución del caso debe ser pauta a seguir la que marca la Sentencia de 19 de diciembre de 1990 siguiendo la doctrina de la antigua Sala Tercera de este Tribunal de 16 de septiembre de 1988, cuyo Fundamento Tercero sienta la doctrina de que frente al principio general *pacta sunt servanda* llevado a sus últimos y exagerados términos –*summum ius summa iniuria*–, en aras de una formalística ‘seguridad jurídica’, se impone en el derecho administrativo el principio del ‘valor superior de la justicia’ proclamado en el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución Española de 1978, ya que no se debe desconocer que en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquélla debe actuar en el campo estricto del derecho administrativo, mas que en el de sus intereses patrimoniales, estando dichas relaciones jurídicas marcadamente influenciadas por los principios de ‘equidad’ y ‘buena fe’, los cuales exigen mitigar la excesiva y por tanto antijurídica onerosidad no necesaria en las prestaciones de los ciudadanos, cuando hechos o eventos transcendentales o inéditos concurren en sus situaciones jurídicas.

Desde esas referencias de equidad (artículo 3.2 CC) y buena fe (artículo 1258 CC), y desde el principio de equilibrio contractual o equivalencia de las prestaciones, como pauta interpretativa de todo contrato oneroso (artículo 1289 CC), parece lógico entender que la prestación contractual, aunque sea parcial, debe retribuirse con el precio pactado para las unidades contractuales realizadas, sin que sea admisible, por ser contrario a la veda del enriquecimiento injusto, que un contratante acceda a recibir la prestación parcial, pero que no la retribuya según lo pactado.

Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato administrativo tiene un carácter ciertamente aleatorio, al indicar que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Sin embargo, la doctrina científica y jurisprudencial han venido atenuando la estricta aplicación de tal principio en base a la cláusula *rebus sic stantibus* o en la llamada teoría del riesgo imprevisible, adaptándose así el objeto del contrato, a las circunstancias sobrevenidas durante su ejecución por hechos que no pudieron preverse en el momento de la celebración o perfección del contrato ni en el de la fijación de sus plazos de ejecución, permitiéndose de este modo el restablecimiento del adecuado equilibrio conmutativo de las respectivas contraprestaciones. En definitiva, todo ello, no es sino la plasmación expresa del principio de buena fe en la ejecución de los contratos reconocido en el artículo 1258 del Código Civil. O la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001, de la que fue Ponente don Juan José González Rivas, en la que se precisa que:

‘(...) ya la doctrina de esta Sala contenida en la precedente Sentencia de 12 de diciembre de 1979, legitimaba la revisión de precios no prevista en el contrato, en el caso de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapasen a la capacidad de previsión del contratista,

acudiendo para legitimar esa revisión de precios a la figura jurídico-doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* o riesgo imprevisible, como ya había reconocido la precedente jurisprudencia de esta Sala, contenida en las Sentencias de 29 de mayo, 5 de junio y 4 de julio de 1951, entre otras, tendentes a un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurrían circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste, dentro de una previsión razonable.

Estas circunstancias no concurren en la cuestión examinada, en donde se impone el respeto al principio general *pacta sunt servanda*, que llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones jurídicas que no son de aplicación en la cuestión examinada’.

Y con aplicación de dichos precedentes jurisprudenciales lo mismo cabe concluir en el presente caso, donde las reiteradas circunstancias extraordinarias ya eran conocidas por la parte recurrente cuando presentó el Plan sobre costes económicos, sin que puedan estimarse a la vista de los hechos recogidos en el anterior Fundamento de la presente sentencia, que concudiesen los requisitos para la procedencia de la factura cuyo importe se reclama y que constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional, procediendo por todo ello y al haberlo declarado así igualmente la sentencia de instancia, la desestimación del recurso de apelación y la confirmación íntegra de aquélla.”

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

- a) No es procedente retener la garantía definitiva prestada en un contrato de obras, una vez expirado el plazo de garantía, ante la eventualidad de que pudiera prosperar la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por un tercero contra la Administración contratante, por daños producidos al ejecutarse la obra

La STSJ de Cataluña 787/2007, de 3 de octubre (recurso contencioso-administrativo 127/2004, FFDD 2º y 3º), afirma que no es procedente retener la garantía definitiva prestada en un contrato de obras, una vez expirado el plazo de garantía, ante la eventualidad de que pudiera prosperar la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida contra la Administración contratante por un tercero, por daños producidos al ejecutarse la obra. Los argumentos jurídicos en los que se basa el pronunciamiento son los que siguen:

“La Administración demandada considera que está habilitada para tal retención en base a los artículos 43.2.b) y 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la cláusula 17 del Pliego regulador del contrato de obras.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Esos preceptos de la Ley de Contratos establecen que las garantías definitivas responden, entre otros conceptos, de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato, así como que es obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, para lo que estos terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, interrumpiendo el ejercicio de esta facultad el plazo de prescripción de la acción, debiendo formularse la reclamación de daños, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Por su parte, la cláusula 17 del Pliego dispone que ‘el contractista és responsable de tots els danys i perjudicis que s’ocasionin a tercers i a la Corporació o al personal que en depèn. Igualment són responsabilitat de l’adjudicatari els accidents que puguin produir-se per incompliment de les prescripcions en matèria de senyalització i tancament del recinte de l’obra’.

Pues bien, no cabe ignorar que, en el caso de autos, cuando se adoptan las resoluciones municipales impugnadas que acuerdan la retención de la garantía (en instancia el 23 de septiembre de 2003 y en alzada el 10 de noviembre de ese año) hacía un año que había vencido el plazo de garantía del contrato de obras y que éste se había cumplido satisfactoriamente, sin que mediase tampoco ninguna resolución que declarara la responsabilidad del contratista por los daños causados a un tercero, por lo que procedía la devolución o la cancelación de la garantía según dispone el artículo 147.3 de la Ley de Contratos.

En el supuesto enjuiciado dicho tercero no hizo uso del requerimiento previo que regula el meritado artículo 97 de la Ley sino que formuló directamente reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración.

En consecuencia, no procede la retención de la garantía definitiva cuando no existe ninguna responsabilidad contractual y cuando tampoco se ha declarado que concurra responsabilidad extracontractual del contratista, aunque fuera con los limitados efectos del artículo 97 de la Ley de Contratos que tan sólo permite a la Administración determinar si la reparación de los daños y perjuicios corresponde al contratista, como es norma general, o bien si pesa sobre ella misma, por concurrir alguno de los supuestos previstos en el citado artículo, esto es, cuando aquéllos hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o bien deriven de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, a diferencia del sistema contemplado anteriormente en el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1975, que atribuía al órgano de contratación la decisión sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y la parte responsable, siendo dicha resolución susceptible de recurso ante los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa.”

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración local. A) Alteración de términos municipales. Es correcto tener en cuenta la voluntad de los vecinos a la hora de enjuiciar la decisión gubernativa. B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. La denegación a un concejal del acceso a una auditoría complementaria de las cuentas solicitada por el Ministerio de Trabajo es contraria al artículo 23 de la Constitución. C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La fecha en que la Administración del Estado recibe la comunicación sobre el acuerdo de una entidad local determina el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo. **2. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Obligatoriedad en la colegiación: los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local no tienen la obligación de colegiarse. B) La naturaleza de corporación pública de los Consejos Generales de Colegios Profesionales conlleva la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de sus actos sancionadores. C) No es conforme a derecho la doble colegiación de los Licenciados en Ciencias Empresariales y Económicas en el Colegio de Titulares Mercantiles y Empresariales, puesto que ya están colegiados en el Colegio de Economistas. **3. Federaciones deportivas.** En materia de cancelación de inscripciones de federaciones deportivas hay que estar a lo dispuesto por cada Comunidad Autónoma.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Alteración de términos municipales. Es correcto tener en cuenta la voluntad de los vecinos a la hora de enjuiciar la decisión gubernativa

La STS de 14 de noviembre de 2007, Ar. 8197, desestima el recurso de casación, interpuesto por el Ayuntamiento de Castellcir, contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña el 6 de febrero de 2004, que declaraba conforme a derecho el Decreto 207/1998, de 30 de julio, por el

que se aprueba la alteración parcial de los términos Castellcir y de San Quirze Safaja, mediante la segregación del primero y agregación al segundo, de unas 53 hectáreas.

Entre los motivos de casación que aduce el recurrente destaca el relativo a la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la Ley y el de tutela judicial efectiva, pues el TSJ se pronuncia de manera diversa ante situaciones iguales.

El TS estima que las valoraciones realizadas por el Tribunal de instancia respecto al cumplimiento de los presupuestos legales para la segregación son correctos (que los núcleos de población formen un solo conjunto con continuidad urbana; que consideraciones de orden geográfico, demográfico, económico o administrativo lo hagan necesario o aconsejable; que los municipios afectados dispongan de recursos y medios personales suficientes para gestionar los servicios mínimos obligatorios después de la alteración y que la incorporación del territorio se haga a favor del municipio que tenga mayor contenido potencial demográfico). Además estima correcto que en un supuesto similar, el relativo al expediente de Caldes d'Estrac, tanto el organismo consultivo, como el Gobierno de la Generalitat estimaron desfavorable la segregación, mientras que en el de autos informaron favorablemente. El TS recuerda la inconveniencia de una aplicación mecánica de las normas y la necesidad de ponderar todas las circunstancias en el ejercicio de la potestad discrecional de ordenación del territorio. Y es que en el caso de autos hay una aceptación mayoritaria de la segregación municipal por parte del vecindario, lo que no ocurría en el caso de Caldes d'Estrac, de ahí que no se haya vulnerado el principio de igualdad.

B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. La denegación a un concejal del acceso a una auditoría complementaria de las cuentas solicitada por el Ministerio de Trabajo es contraria al artículo 23 de la Constitución

La STS de 22 de octubre de 2007, Ar. 7494, estima el recurso de casación interpuesto por la representación de una concejala del Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de octubre de 2002, que desestimaba el recurso deducido contra la denegación de la solicitud de remisión de los resultados de una auditoría sobre cursos contratados por el Instituto Municipal para el Empleo y la Formación, que tenía como destino la Unidad Administrativa del Fondo Social Europeo, perteneciente a la Dirección General de Fomento de la Economía Social y el Fondo Social Europeo y dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La denegación municipal de esta información se basaba en que ésta tenía como finalidad incorporarse al informe de control que elaboraba la citada dependencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y formaba parte no separable de dicho informe de control y, dado que el Ayuntamiento de Madrid, no había sido autorizado por la Administración solicitante para distribuirla, el único que podía autorizar su utilización por terceros era el Ministerio.

La cuestión, pues, se centra en determinar si esa auditoría —complementaria de la realizada por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid—, forma parte —ex artículos 77 de la Ley

VI. Organización Administrativa

de Bases del Régimen Local y 14.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales— de los antecedentes, datos o informaciones que obran en poder de los servicios de la Corporación, ya los que los Concejales tienen acceso a ellos en cuanto resulten precisos para el desarrollo de su función.

La Sala del TSJ entendió razonada la negativa del Ayuntamiento, ya que la auditoría solicitada tenía un único destinatario —el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales— y el Ayuntamiento de Madrid contrató y remitió dicha auditoría en cumplimiento de ese deber de coordinación que ha de presidir las relaciones interadministrativas (artículos 55 y 56 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En consecuencia, no entendía lesionado el derecho de todo concejal a obtener información municipal para el correcto ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que procede el recurso de casación, pues

“es evidente que la recurrente, en su condición de Concejala del Ayuntamiento de Madrid, está interesada en el conocimiento de una auditoría que se lleva a cabo por el Instituto Municipal para el Empleo y la Formación (IMEFE) y con destino a la Unidad Administrativa del Fondo Social Europeo de la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo, Secretaría General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Pues aunque el destino de la auditoría sea externo al Ayuntamiento, a la Concejala le interesa el conocimiento del funcionamiento de dichos cursos, sobre los que posiblemente tendrá que decidir, al menos en el futuro. Y todo ello, teniendo en cuenta que no estamos ante un documento secreto o clasificado. En efecto, como sostiene la recurrente, siendo el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, de configuración legal, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988, a tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y 14.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, los miembros de las mismas pueden obtener informes que efectivamente obren en poder de la entidad local y que resulten precisos para el desarrollo de su función. Pues bien, dichas circunstancias se daban en el presente caso, sin que tratase de acceso a una información de un tercero, puesto que el documento ha sido generado enteramente en el Ayuntamiento de Madrid, por un órgano suyo, y por otra parte la materia auditada afecta directamente a la vida municipal y al ejercicio del derecho fundamental que ampara a la actora, sin que frente al mismo la Administración recurrente haya opuesto otra objeción que el hecho de que forma parte del control externo que se realiza por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La fecha en que la Administración del Estado recibe la comunicación sobre el acuerdo de una entidad local determina el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo

El Tribunal en STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7023, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Galicia de 22 de mayo de 2002, que inadmitía el recurso deducido contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo de 28 de diciembre de 1998, que regulaba las condiciones económicas y sociales de los funcionarios locales, por su interposición fuera del plazo legalmente establecido.

El acuerdo impugnado entró en la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra el 15 de febrero de 1999, fecha en la que la Sentencia de instancia entendía que se iniciaba el cómputo del plazo de dos meses previsto en el artículo 46 de la LJCA. Sin embargo, la Administración del Estado entendía que dicho plazo debía computarse desde el día siguiente al de la publicación de dicha actuación, lo que tuvo lugar en el Diario Oficial de Galicia el 22 de abril de 1999.

El Tribunal Supremo, recordando la STS de 2 de enero de 2002, declara que, según reiterada jurisprudencia, el procedimiento de impugnación de acuerdos de las Corporaciones locales por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas debe ser interpretado restrictivamente, por implicar una limitación de la autonomía local en aras de facultades de tutela reconocidas a las Administraciones territoriales de ámbito superior. Partiendo de esta idea el Tribunal rechaza el planteamiento de la parte recurrente y entiende que, de acuerdo con la legislación específica de régimen local, es la fecha en que se recibe la comunicación o acuerdo la que determina el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Entiende el Tribunal que, como recuerda el artículo 44.4 LJCA cuando regula el requerimiento en los litigios en Administraciones públicas, debe observarse aquí la legislación de régimen local. Según los artículos 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y 196.3 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, las entidades locales deben remitir a las Administraciones estatal y autonómica “copia o, en su caso, extracto comprensivo” de sus actos y acuerdos. Por otra parte, el artículo 215.5 del citado Reglamento dispone: “La Administración General del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, directamente, sin necesidad de formular requerimiento, en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación o acuerdo”.

De todo lo anterior se deriva que la Ley jurisdiccional hace una expresa remisión a la regulación de régimen local para las impugnaciones que frente a actos de los entes locales puedan plantear otras Administraciones públicas. Y dicha regulación de régimen local no sólo prevé una específica comunicación con dicha finalidad, sino también que es la fecha de recepción de esta comunicación la que determina el inicio del cómputo del plazo de impugnación jurisdiccional. Por tanto, la exacta observancia de esa regulación específica debe considerarse obligada, al ser el mecanismo normativamente previsto para que pueda válidamente ejercerse la limitación de la autonomía local que significa esa tutela que corresponde al Estado y las Comunidades Autónomas.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Obligatoriedad en la colegiación: los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local no tienen la obligación de colegiarse

La STS de 15 de octubre de 2007, Ar. 7741, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Colegio de secretarios interventores y tesoreros de la Administración local

VI. Organización Administrativa

con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia, contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2002, Ar. 682, que anulaba la Resolución de 3 de abril de 2000 que reformaba los Estatutos del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con habilitación de carácter nacional de Valencia, al entender que es contraria al artículo 22 de la CE, la constancia registral de la colegiación obligatoria de los secretarios interventores y tesoreros de la Administración local.

El TSJ entiende, y así lo reafirma el TS en base a la jurisprudencia constitucional, que la colegiación obligatoria de dichos funcionarios carece de razón de ser y no justifica los fines de la colegiación. Y es que desde el cambio legislativo operado por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales, se ha cualificado con mayor precisión el concepto de “profesiones colegiadas”, por lo que sólo pueden entenderse como tales aquellas susceptibles de ejercerse en libre competencia, que no es el caso de los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local. Por otro lado, la colegiación obligatoria de profesionales que actúan exclusivamente en el ámbito de la función pública no viene establecida en precepto expreso e inequívoco de la Ley de Colegios Profesionales como es exigible para entender lícitamente impuesta una limitación legal a un derecho fundamental, como es el artículo 22, tanto en su vertiente positiva como negativa, esta última, el derecho a no colegiarse.

El TC ha entendido que la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de los secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local con habilitación de carácter nacional a fin de garantizar su correcto desempeño y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por dichos profesionales, pues, como ya se ha señalado, de un lado, se trata de funcionarios públicos que ejercen su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración pública que es la destinataria inmediata de sus servicios, y, de otro, es la propia Administración pública la que asume directamente la tutela de los intereses concurrentes en el ejercicio de la profesión y la garantía de que éste se ajuste a las reglas o normas que aseguren tanto su eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio.

B) La naturaleza de corporación pública de los Consejos Generales de Colegios Profesionales conlleva la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de su actos sancionadores

La STS de 29 de marzo de 2007, Ar. 1927, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 15 de junio de 2002 del TSJ de Madrid, estimándolo parcialmente. Dicha sentencia inadmitía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de 12 de mayo de 1995 en la que se le privaba del título de “Presidente de Honor” que en su día se le había concedido.

Tanto la sentencia de instancia como el TS estiman, que pese a la naturaleza jurídica pública de los Colegios Profesionales, no todos sus actos están sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puesto que en ocasiones pueden adoptar actos que no están sometidos al derecho administrativo, esto es, situaciones *ad intra* que carecen de interés público, como pudiera ser el reconocimiento de los méritos que un colegiado pudiera tener o de los deméritos que ese mismo profesional haya podido contraer, cuestión ajena por completo al

interés público sólo revisable en la vía civil. Esta postura la recogen las SSTs de 28 de septiembre de 2005 (Ar. 8211) y 21 de marzo de 2006 (Ar. 5446), entre otras.

El TS, sin embargo, avala las pretensiones del actor casacional puesto que la resolución impugnada se dictó previa la tramitación de un expediente disciplinario, en el curso del cual se formuló un pliego de cargos del que se dio traslado al actor, quien formuló las alegaciones correspondientes. La tramitación de dicho expediente disciplinario es una de las razones básicas que sirven para sostener que se le impuso una sanción y que por ello el Acuerdo imponiéndola sería susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según prevé el propio artículo 76 del RD 3549/1977 que aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales. Por otro lado, el TS estima que el artículo 55, apartado V, del RD 3549/1977 no autoriza sin más la revocación de honores concedidos, siendo la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que resulta competente para determinar si la concreta resolución es o no ajustada a derecho.

El TS terminó declarando nula de pleno derecho la resolución del Pleno del Consejo General, dado que la privación del cargo honorífico se hizo a modo de sanción, cuando ni la sanción ni la infracción que se imputaban al actor aparecían tipificadas en el Reglamento de Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

C) No es conforme a derecho la doble colegiación de los Licenciados en Ciencias Empresariales y Económicas en el Colegio de Titulares Mercantiles y Empresariales, puesto que ya están colegiados en el Colegio de Economistas

La STS de 2 de octubre de 2007, Ar. 8083, desestima el recurso de casación interpuesto por el Consejo de Colegios de Titulares Mercantiles y Empresariales de Cataluña y los Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles y Empresariales de Barcelona, Lleida y Tarragona, contra la Sentencia de 13 de marzo de 2005, dictada por el TSJ de Cataluña, que estima la revisión de oficio de las resoluciones del Departamento de Justicia de 27 de enero de 1992, 15 de julio de 1992 y 23 de marzo de 1993, relativas a los Estatutos del Consejo y del Colegio de Titulados Mercantiles y Empresariales de Barcelona, Tarragona y Lleida.

El Tribunal de instancia estimó, y el TS corrobora esta postura, que no era conforme a derecho la resolución impugnada, declarando inadecuada a la legalidad la referencia a los licenciados y doctores en ciencias económicas y empresariales que se contenía en los Estatutos del Consejo y Colegio mencionado, puesto que estos preceptos estatutarios contravendrían el artículo 9.2 de la Ley 13/1982, de 17 de diciembre, de Colegios Profesionales, en cuanto daba lugar a la constitución de más de un Colegio Profesional de idéntica profesión en un mismo ámbito territorial, y se entendía igualmente que ello vulneraba el principio constitucional de igualdad porque comportaban una adscripción obligatoria a dos Colegios Profesionales diferentes: el de Economistas y el de Titulados Mercantiles. Además la modificación estatutaria promovida por el Colegio Oficial de Titulados Mercantiles para incorporar a los Licenciados en Ciencias Empresariales debe ser rechazada al vulnerar el principio de reserva legal y de reserva reglamentaria, porque esa voluntad corporativa que tiene eficacia *ad extra*, interfiere con la competencia norma-

VI. Organización Administrativa

tiva del legislador y del Gobierno para regular o modificar y desarrollar, en su caso, el estatuto profesional de los Economistas y los Profesores y Peritos Mercantiles, y permitir la aplicación o reducción de las titulaciones que habilitan para el ejercicio de dichas profesiones mediante la aprobación de la norma reglamentaria precisa, como ya dijo el TS en su Sentencia de 16 de junio de 2004, Ar. 5060.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS. EN MATERIA DE CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES DE FEDERACIONES DEPORTIVAS HAY QUE ESTAR A LO DISPUESTO POR CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Por STS de 6 de noviembre de 2007, Ar. 7948, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Federación Castellano-Leonesa de Fútbol Sala contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 1 de marzo de 2002, que desestimaba a su vez el recurso interpuesto por ésta contra la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Castilla y León, que cancelaba la inscripción de la Federación Castellano-Leonesa de Fútbol Sala. La Orden de la Consejería confirmaba la resolución del Director General de Deportes y Juventud de 4 de noviembre de 2006, que había sido recurrida en vía administrativa. La cancelación recurrida es consecuencia de la integración de la Federación Española de Fútbol Sala en la Federación Española de Fútbol.

La Sala comienza recordando las palabras del Tribunal Superior de Justicia que confirmaban la competencia de la Administración autonómica para practicar dicha cancelación. En este sentido, concebida una Federación deportiva como institución privada objeto de una regulación legal (STC 67/1985, de 24 de mayo), y existiendo una Ley general estatal de Cultura Física y Deporte y una Ley autonómica de Educación Física y Deportes de Castilla y León –cuya base es el artículo 26.1.17 de su Estatuto de Autonomía–, la igualdad ante la Ley obliga a tener como marco de referencia el de la Comunidad Autónoma afectada, no sirviendo el de todo el territorio nacional en relación con lo que pueda ocurrir en otras Comunidades Autónomas, pues cada una tiene sus competencias en la materia deportiva que ejercerá libremente y cuyos resultados no tienen por qué ser los mismos que los de otras Administraciones.

Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas STC 49/1982, de 14 de julio) determina que existe el derecho a recibir un trato igual por quienes se encuentren en una situación de hecho sustancialmente idéntica, de manera que la igualdad de supuestos de hecho no permite atribuir a la norma consecuencias jurídicas distintas si no media una justificación objetiva y razonable. Existe discriminación, cuando la desigualdad se encuentra desprovista de esta justificación, que debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 20/1985, de 14 de febrero). Pese a que otras Comunidades Autónomas poseen su propia Federación de Fútbol Sala, en cada una de ellas el proceso de reconocimiento y su evolución posterior han sido diferentes, como explica la Sala con cierto detalle, para terminar diciendo que la “parte recurrente no aportó términos de comparación adecuados y no basta con invocar genéricamente que en otras Comunidades Autónomas acontece tal o cual situación, sino que es preciso que se ofrezcan supuestos similares al de autos que se hubieran resuelto de forma diferente”.

En este caso, el reconocimiento de la Federación Castellano-Leonesa de Fútbol Sala se hizo a partir del dato esencial de la existencia de una Federación Española de Fútbol Sala. Esta última fue cancelada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1989 y 30 de septiembre de 1987, y por la del Tribunal Constitucional 18/1992, de 10 de febrero, en virtud de lo dispuesto, entre otros, por el artículo 34 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, según el cual “sólo podrá existir una Federación Española por cada modalidad deportiva”. En consecuencia, una vez cancelada la Federación Española, se canceló la Federación Castellano-Leonesa.

Al igual que había hecho la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo descarta que nos encontremos ante un supuesto de revisión de oficio de actos administrativos, pues nos encontramos ante un procedimiento específico que tiene su propia virtualidad y trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que dispone: “la revocación del reconocimiento de las Federaciones Deportivas Españolas se producirá por la desaparición de los motivos que dieron lugar al mismo”. Por su parte, el artículo 10 del Real Decreto 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas, añade que “en el caso de la desaparición de las condiciones o motivaciones que dieron lugar al reconocimiento de una Federación Deportiva Española se instruirá un procedimiento (...)”. Y eso es, precisamente, lo que ha ocurrido en el caso de autos, en el que al dejar de existir la Federación Española de Fútbol Sala, es claro que desaparecen los motivos y condiciones que habían justificado el reconocimiento e inscripción de la Federación autonómica.

Similares argumentos sobre un tema parecido muestra el Tribunal en la **STS de 13 de noviembre de 2007**, Ar. 7982, esta vez sobre la denegación de la Administración de la Junta de Extremadura de la inscripción de la Federación de Fútbol Sala de Extremadura.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Reglamentos que se exceden del marco legal. B) Reserva de ley y predeterminación normativa de la sanción aplicable: es válido un reglamento que reduce la sanción máxima prevista en la Ley que desarrolla. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.**

A) Se extiende también al plazo de prescripción. B) Irretroactividad de norma sancionadora no favorable y normas procedimentales. **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales. B) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber.

C) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad.

D) Una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma que no excluye la culpabilidad, pero atenúa la sanción. E) Amplitud en la admisión del error como causa excluyente de la culpabilidad en las autoliquidaciones tributarias. **5. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Hechos relacionados, aunque distintos. B) No apreciación de infracción continuada, a pesar de que el precepto infringido es el mismo. C) La sanción disciplinaria por infracción consistente en haber sido condenado por delito doloso no lesiona el non bis in idem. **6. Procedimiento administrativo sancionador.** A) La medida provisional de residir obligatoriamente en determinado

lugar impuesta al extranjero sometido a un procedimiento sancionador de expulsión no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. B) El denunciante no tiene por qué ser víctima de la infracción para que el procedimiento sancionador se inicie a partir de su denuncia. **7. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) La medida provisional de residir obligatoriamente en determinado lugar impuesta al extranjero sometido a un procedimiento sancionador de expulsión no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. B) El denunciante no tiene por qué ser víctima de la infracción para que el procedimiento sancionador se inicie a partir de su denuncia. **7. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) El boletín de denuncia no ratificado, una vez rechazados los hechos, es prueba de cargo insuficiente para destruir la presunción de inocencia. B) La presunción de inocencia como límite a la realización de investigaciones sobre hechos posiblemente sancionables cuando se carezcan de mínimos indicios de actuación irregular. C) La sus-

pensión provisional de funcionario sometido a procedimiento disciplinario no vulnera la presunción de inocencia siempre que se respeten los requisitos legales. D) La inadmisión inmotivada de pruebas reiterativas de otras no vulnera el derecho a la prueba.

E) Valor probatorio de las actas de inspección. F) Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria. G) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos.

8. La resolución del procedimiento sancionador. A) Su motivación es un derecho constitucional del imputado. B) Sancionar en alzada por infracción distinta, aunque de la misma gravedad, sin informar previamente al imputado vulnera su derecho fundamental a conocer la acusación. **9. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.**

A) Dies a quo del cómputo del plazo: no lo es el día de la denuncia.

B) Caducidad del procedimiento disciplinario contra funcionarios. C) Aplicación de la regulación estatal general sobre caducidad a un procedimiento disciplinario autonómico cuya normativa no prevé nada al respecto. D) La desestimación por silencio de la solicitud de que se declare la caducidad de un procedimiento sancionador es directamente impugnabile. **10. Ejecución de las sanciones.** A) El derecho a la tutela judicial efectiva

exige que el juez de lo contencioso-administrativo pueda pronunciarse sobre la suspensión de la sanción impugnada. **11. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

A) El acto de incoación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnabile jurisdiccionalmente. B) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta: doctrina general y cambio de criterio jurisprudencial. C) La lesión de derechos fundamentales del imputado en vía administrativa no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo. D) Vinculación de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a los hechos declarados probados en la jurisdicción social. E) La anulación en vía judicial de una sanción de multa ya pagada determina su devolución junto con los intereses legales que haya devengado.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La suspensión de la licencia de taxi acordada por la reincidencia en la comisión de las infracciones administrativas previstas en la normativa reguladora del servicio de taxi (STSJ de Navarra de 9 de marzo de 2007, Ar. 545).

B) Actos que no constituyen sanción

– El pase a situación de reserva de un Teniente General del Ejército de Tierra, acordado como consecuencia de la pérdida de confianza del Gobierno. La **STS de 11 de junio de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 5223, admite que la pérdida de confianza se produjo a raíz del discurso pronunciado por el Teniente General con motivo de la Pascua Militar celebrada en 2006, discurso que alcanzó gran resonancia pública y por el que también fue sancionado disciplinariamente como autor de una falta consistente en “expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales”. Pero, a juicio de la Sala, esta situación no sólo no implica que el pase a situación de reserva fuera una sanción complementaria y encubierta sino que, antes al contrario, constituye el “soporte objetivo suficiente para que el Gobierno de la Nación, dentro del amplio margen de discrecionalidad [del que dispone en este ámbito] (...), entendiéndose procedente que el autor de tales manifestaciones no continuase desempeñando el mando que venía ostentando y dispusiese su pase a la situación de reserva”.

– La prohibición de contratar con las Administraciones públicas, declarada tras un supuesto de falsificación documental en un procedimiento de licitación administrativa (**STS de 31 de mayo de 2007**, Sección Cuarta, Ar. 5402). Además, la Sala, tras recordar que a estos actos limitativos de derechos deben aplicarse algunos principios y garantías propios del derecho administrativo sancionador, concluye que no procede trasladar al supuesto enjuiciado el de la prejudicialidad penal.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Reglamentos que se exceden del marco legal

La Asamblea General de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona dictó, en desarrollo de la Ley Foral 9/2005, del Taxi, una Ordenanza General Reguladora del Servicio de Taxi. El artículo 17.7 de la Ordenanza establecía la suspensión temporal, entre dos y tres años, de la licencia de taxi, “por haber sido sancionado, mediante resolución que ponga fin a la vía administrativa, dos veces por el mismo tipo de infracción contenida en la Ley Foral 9/2005, de 6 de julio, del taxi, durante tres años si es muy grave o durante dos años si es grave”. La **STSJ de Navarra de 9 de marzo de 2007**, Ar. 545, considera que dicha previsión implica la imposición de una nueva sanción por reincidencia para cuya tipificación no existía cobertura legal pues “no cabe duda de que lo que se está haciendo, tanto *de facto* como *de iure*, es anudar a la comisión reiterada de una determinada infracción una consecuencia de carácter sancionador no prevista en la Ley de cobertura (...) que sólo se refiere a la reincidencia como circunstancia de graduación de la sanción (...). Por tanto, lo que al final resulta de la Ordenanza es que se está configurando un nuevo tipo de infracción: la reincidencia, al margen de la que la Ley prevé; y un nuevo tipo de sanción, no menor por cierto (...). Se vulnera con ello la reserva de Ley establecida al respecto en el artículo 129.3 de la Ley 30/1992 (y en el artículo 25.1 CE, cabría añadir)”. Y “la conclusión derivada de todo ello es la de que el precepto en cuestión es radicalmente nulo (artículo 62.2 Ley 30/1992)”.

B) Reserva de ley y predeterminación normativa de la sanción aplicable: es válido un reglamento que reduce la sanción máxima prevista en la Ley que desarrolla

La Confederación Hidrográfica del Duero impuso una sanción superior a 40.000 pesetas al titular de una concesión administrativa en materia de aguas por la comisión de una infracción leve tipificada en la Ley 29/1985, de Aguas. De conformidad con esta Ley, las infracciones leves podrían ser multadas con sanción de multa de hasta 1.000.000 de pesetas. Sin embargo, frente a dicha previsión, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico limita las sanciones de multa que pueden imponerse por tales infracciones a un máximo de 40.000 pesetas. Ante la posible contradicción entre ambas normas, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2007, Ar. 539, afirma que “la determinación de las sanciones en nuestro ordenamiento debe hacerse por Ley y que las normas administrativas, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, no pueden contradecir lo que establece una ley”. Sin embargo, entiende que “en la materia de sanciones administrativas por infracciones leves de la legislación de aguas, cuando se trata del límite de las mismas, a pesar de su aparente contradicción, no existe ésta en realidad entre la Ley y el reglamento, desde el momento en que si la Ley establece un límite máximo, ello quiere decir que la norma reglamentaria no puede ir más allá de ésta, pero nada impide que, utilizando la potestad que la Ley otorga –bien de manera expresa o tácita, incluso por simple descuido, y piénsese que el Reglamento ha sido modificado varias veces y no se ha tocado esa regulación–, se establezca un límite inferior, pues ese límite inferior no contradice la Ley que se limita a establecer un quantum del que no es posible pasar, pero que no tiene necesariamente que alcanzarse, de tal suerte que si se establece un umbral inferior, con ello no se contradice lo que expresa la ley: multa de hasta 1.000.000 de pesetas”. Sobre tales razonamientos, la sentencia modifica la sanción de multa impuesta, pues “debe imponerse la de cuarenta mil pesetas o doscientos cuarenta euros con cuarenta céntimos de euro”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE**A) Se extiende también al plazo de prescripción**

La STS de 30 de mayo de 2007, Sección Segunda, Ar. 3582, afirma que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la institución de la prescripción en la esfera de lo punitivo tiene una naturaleza material y no meramente procedimental, por lo que el nuevo plazo de prescripción de cuatro años de la acción para imponer sanciones tributarias establecido en la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, debe ser objeto de una aplicación retroactiva.

B) Irretroactividad de norma sancionadora no favorable y normas procedimentales

En el momento de la incoación de un concreto procedimiento sancionador en materia de aguas, la normativa reguladora aplicable fijaba para su resolución y notificación un plazo máximo de seis meses. Durante su tramitación, y antes de que dicho plazo hubiese finalizado, una norma con rango de ley amplió dicho plazo de duración a un año. El procedimiento

sancionador concluyó con la imposición de una sanción, notificada dentro del nuevo plazo de un año pero sobrepasados los seis meses del antiguo. Tales hechos podrían calificarse como constitutivos de un supuesto de irretroactividad impropia o de grado mínimo. Ante ellos, la **STS de 5 de junio de 2007**, Sección Quinta, Ar. 4827, rechaza una posible invocación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, argumentando, entre otras razones, que “una norma procedimental no puede considerarse limitadora o restrictiva de derechos”.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales

Una empleada de la empresa *Restauradora de Mesones, SA*, resultó gravemente lesionada al ser aplastada por una puerta corredera de gran peso que estaba manipulando al romperse su cerramiento superior. A raíz del accidente, la empresa fue sancionada como autora de una falta grave en materia de seguridad laboral. La empresa señaló la ausencia de cualquier elemento de culpabilidad en su conducta al haber extremado su diligencia, alegando que:

- tenía suscrito contrato con un Servicio de prevención ajeno que no había detectado, ni en la Evaluación inicial de riesgos, ni en el Plan de prevención de riesgos, la peligrosidad del cerramiento causante del accidente;
- la trabajadora accidentada era la máxima responsable del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos en el establecimiento, por lo que percibía una retribución específica;
- todos los trabajadores, incluida la accidentada, estaban debidamente informados de los riesgos laborales existentes y de las precauciones que debían adoptar para evitarlos, incluyendo el deber de denunciar cualquier anomalía que detectaran;
- en ninguna de las reuniones semanales mantenidas entre el Director General y la plantilla se produjo denuncia relativa al mal funcionamiento del cerramiento;
- previamente al accidente un controlador laboral había girado visita al establecimiento sin detectar problema alguno con el cerramiento, ni *motu proprio* ni por denuncia de los trabajadores.

Frente a lo anterior, la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2007**, Ar. 433, considera probadas, de conformidad con las declaraciones de los trabajadores, que existían dificultades para manipular la puerta desde bastante tiempo antes de su rotura. En atención a ello, estima la concurrencia del elemento culpabilístico en la actuación de la sancionada, pues “el buen estado de la puerta corredera y su mantenimiento es obligación de la empresa y de nadie más, como elemento estructural del centro de trabajo que es, y esta obligación de tener la puerta en las condiciones adecuadas es de todo punto independiente de que los trabajadores, pese a conocer el mal funcionamiento de la puerta, no lo comunicaran, o que tampoco lo hiciera la empleada, o en fin que no se detectara en la Evaluación inicial de riesgos laborales o tam-

poco lo hiciera el controlador laboral que visitó el centro de trabajo, o incluso que la empresa encargada del mantenimiento no conociera el mal funcionamiento de la puerta”. Además, y en última instancia, “lo que se le imputa es que exista un riesgo que venía manifestándose en el tiempo y que concluyó con la rotura de un elemento estructural por el deficiente diseño y por su falta de mantenimiento, y ese riesgo podía y debía ser detectado, a diferencia de lo que sucedería si la rotura se hubiese producido de improviso, sin un mal funcionamiento previo, lo que no era el caso”.

B) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber

– Una entidad mercantil fue sancionada con multa de 1.800.000 pesetas como autora de la infracción consistente en contratar servicios de transporte con transportista o mediador no autorizado alcanzando las 500 toneladas de mercancía. La **STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2007**, Ar. 454, señala que debe apreciarse culpa en la conducta de la sancionada “al tratarse de una entidad que contrata habitualmente el transporte de las mercancías que comercializa y que ha de conocer la normativa aplicable y en concreto la prohibición de contratar con transportista no autorizado correspondiéndole la vigilancia de que tal situación no se produzca, es decir, de que el transportista cuente con la pertinente autorización”.

– Una entidad mercantil fue sancionada por la realización de autoliquidaciones tributarias incorrectas que, según la sancionada, tenían su origen en que venía aplicando el criterio de caja —que atiende al momento del cobro real de la deuda— y no el criterio del devengo. Sin embargo, la aplicación del criterio del devengo exige una previa comunicación administrativa y autorización, requisitos que no habían sido cumplimentados por la entidad sancionada, pese a lo cual se argumentaba por ésta una interpretación razonable de la norma que excluiría la sanción. Frente a lo anterior, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2007**, Ar. 963, entiende que “una sociedad debe conocer los requisitos legales establecidos para la aplicación del criterio de caja (la comunicación y aprobación administrativa a la que ya aludimos más arriba) y que, si los ignora, ello no hace razonable su actuación ante una norma tan clara y explícita al respecto”.

C) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad

Así lo afirma la **STS de 22 de mayo de 2007**, Sección Segunda, Ar. 3615, que sostiene que “el precepto aplicado (en materia de retenciones a empleados por IRPF) es un precepto que suscita dudas en diversos aspectos sobre su alcance” y concluye que “tan es ello así que el citado precepto ha sido anulado parcialmente por Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2003”. También en el ámbito tributario, la **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2007**, Ar. 1049, en relación, en concreto, con el deber de soportar el IVA en caso de operaciones exentas y el cómputo de la regla de la prorata.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2007**, Ar. 1045, siguiendo la doctrina constitucional contenida en la **STC 164/2005**, de 20 de junio, recuerda que, en caso de que verdaderamente exista una interpretación razonable de la norma se exige para sancionar “una

motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere”.

D) Una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma que no excluye la culpabilidad, pero atenúa la sanción

La empresa *Segur Ibérica, SA*, fue sancionada como autora de una infracción grave en materia laboral, al transgredir el derecho de información de los representantes de los trabajadores. En concreto, su actuación consistió en negarse a facilitar al Comité de Empresa los datos de los titulares de los centros en los que se destinaban los trabajadores de la empresa como vigilantes de seguridad. El deber de facilitar dicha información se infería de una reforma legislativa que entró en vigor en junio de 2001, produciéndose el requerimiento para la entrega de la información en julio del mismo año. Hasta ese momento, el deber de facilitar la información sólo se extendía a los contratos de la empresa principal con contratistas y subcontratistas referidos a la propia actividad de la empresa, lo que no ocurría en el caso. Ante estas alegaciones, la **STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2007**, Ar. 438, señala que “es el parecer mayoritario de esta Sala que la infracción se ha cometido, si bien ha de atenuarse la cuantía de la misma en tanto en cuanto la negativa del empresario se ha fundamentado en una interpretación que no puede considerarse absolutamente errática de la normativa de aplicación (...) Por cuanto antecede, ha de estimarse la infracción en el grado mínimo, dado que no concurre la negligencia ni intencionalidad en el sujeto infractor que son las circunstancias previstas en el artículo 39 de la LISOS que se han tenido en cuenta para graduarla en el grado máximo”.

E) Amplitud en la admisión del error como causa excluyente de la culpabilidad en las autoliquidaciones tributarias

En el período analizado se han encontrado varias sentencias en las que se mantiene un criterio generoso a la hora de admitir el error como causa excluyente de la culpabilidad, pues en ninguna de ellas se trata de un error invencible.

— Dos contribuyentes realizaban una actividad económica a través de una comunidad de bienes en un porcentaje del 50 por 100. Durante el ejercicio económico de 2000 presentaron las autoliquidaciones trimestrales correspondientes a los pagos fraccionados por actividades económicas relativas al IRPF, imputando como pagos fraccionados un 50 por 100 cada uno de ellos. Sin embargo, al presentar la autoliquidación anual del impuesto y deducir de la cuota líquida total los señalados pagos fraccionados, éstos no fueron imputados al 50 por 100 a cada uno de los contribuyentes, sino, por error informático, en su totalidad a ambos. Como resultado de esta actuación, cada uno de ellos fue sancionado como autor de una infracción tributaria grave. La **STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2007**, Ar. 871, aunque con una argumentación a nuestro juicio desacertada donde se acude a la teoría sobre la interpretación razonable de las normas, admite la falta de culpabilidad “pues se aprecia que los mismos no ocultaron datos a la Administración, ni dejaron de contabilizar los gastos (...)” y anula la sanción.

— En sentido muy similar parece discurrir la **STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2007**, Ar. 1046. En el supuesto de hecho, una entidad mercantil tributó, en los ejercicios fiscales de 1994 a 1997, por el régimen general del Impuesto de Sociedades en lugar de por el régimen de

transparencia fiscal, que era el que legalmente le correspondía. Tal comportamiento implicaba una conducta errónea respecto a la imputación de los ingresos obtenidos a los socios, hechos por los que fue sancionada como autora de una infracción tributaria grave. Sin embargo, ante esta situación, la **STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2007**, Ar. 1046, estima que se trataba de unos hechos “afectados por el error involuntario cometido y carentes de culpabilidad por parte del sujeto pasivo, ya que (...), no se demuestra que hubiera intención de variar u ocultar las cantidades que conforman las bases de tributación ni de elusión del impuesto, si bien fueron reflejadas a efectos del Impuesto sobre Sociedades cuando en realidad correspondía haberlo hecho como rendimientos procedentes de una sociedad en régimen de transparencia fiscal. Ello permite a esta Sala, en consideración a que el contribuyente incidió en error disculpable, anular la sanción impuesta”.

– Un tercer ejemplo se encuentra en la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2007**, Ar. 1088. Se ocupa esta sentencia de la sanción impuesta a dos contribuyentes casados que presentaron declaración conjunta en la que, respecto a los ingresos de la mujer “se produjo un baile de números entre las casillas 99 y 103 del impreso de autoliquidación” y, respecto de los del marido, éste “omitió consignar 301.976 pesetas por ingresos de trabajo personal, en cuanto la empresa le facilitó datos incompletos en tal sentido”. La sentencia destaca que, en el caso de la mujer, ésta “no omitió en su declaración dato alguno, si bien cometió un error material, confundiendo dos casillas del impreso correspondiente, de manera que el sujeto infractor ha de considerarse que hizo constar en su declaración todos los datos necesarios para determinar la deuda tributaria y que la disminución de la misma deriva de tal incorrección, perfectamente constatable por la Administración tributaria, de manera que no puede apreciarse la existencia de la infracción imputada”. Asimismo, respecto del marido, la sentencia, sorprendentemente, se limita a apuntar que “omitió declarar un ingreso derivado de rendimientos de su trabajo personal (...) el cual no resultaba desconocido por la Administración tributaria”. En atención a todo lo cual anula las sanciones por falta de culpabilidad en la comisión de las infracciones.

5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM

A) Hechos relacionados, aunque distintos

La entidad mercantil *Obrascon Huarte Lain, SA*, fue sancionada con multa de 50 millones de pesetas por infracción muy grave en materia de aguas consistente en realizar un depósito de escombros a lo largo de 150 metros del cauce y zonas de policía y servidumbre de ambos márgenes de un arroyo sin contar con la preceptiva autorización. Paralelamente, se incoó contra ella procedimiento penal en virtud de denuncia particular a causa de las inundaciones y daños en una nave de mantenimiento de vehículos pesados, presuntamente provocadas por tal depósito. Alegada la vulneración del *non bis in idem*, la **STS de 5 de junio de 2007**, Sección Quinta, Ar. 4827, rechaza la existencia de “la identidad de hechos necesaria para la procedencia de las consecuencias jurídicas que de tal situación derivaría”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) No apreciación de infracción continuada, a pesar de que el precepto infringido es el mismo

Una entidad mercantil fue sancionada con multa total de 1.800.000 pesetas como autora de 18 infracciones consistentes en contratar servicios de transporte con transportista no autorizado alcanzando las 500 toneladas de mercancía. La contratación de servicios se produjo hasta en 18 ocasiones, imponiéndose una multa de 100.000 pesetas por cada una de ellas. Alegada la existencia de una infracción continuada, la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2007, Ar. 454, declara que “la infracción imputada se comete cada vez que se produce una contratación con un transportista no autorizado, sin que por ello la habitualidad de tal conducta pueda considerarse como infracción continuada”. Además, “así se recoge en la LOTT al disponer que tendrán la consideración de infracciones independientes aquellas que se cometan en relación con distintas expediciones de transporte, aun cuando los hechos infrinjan los mismos o semejantes preceptos”.

C) La sanción disciplinaria por infracción consistente en haber sido condenado por delito doloso no lesiona el *non bis in idem*

Ante la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio por la infracción muy grave consistente en haber sido condenado por un delito doloso que lleve aparejada la pena de prisión (tráfico de drogas), la STS de 25 de mayo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 3760, reitera que “la condena penal constituye la razón de ser de la sanción disciplinaria, y no los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento, cuya doble sanción desde la misma perspectiva resultaría lesiva del esencial principio obstativo del *bis in idem*”. Esto es, el bien jurídico que la norma jurídica protege “no es otro que el interés de la Administración en la irreprochabilidad punitiva de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los militares en general”.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La medida provisional de residir obligatoriamente en determinado lugar impuesta al extranjero sometido a un procedimiento sancionador de expulsión no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal

La STC 260/2007, de 20 de diciembre (Pleno), resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, tras su reforma por Ley 8/2000. En esta ocasión, el Parlamento vasco impugna el nuevo artículo 61.1.b) de la Ley 4/2000 en cuya virtud puede adoptarse la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en determinado lugar por cuanto que conlleva una severa limitación de la libertad del afectado que violaría el artículo 17 de la CE. Pero, según la sentencia, esta “medida cautelar (...), no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el artículo 19 CE”. A este respecto —continúa la sentencia—, “es (...) lícito que —de acuerdo con los requisitos de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— 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”. Pues bien, “estos requisitos (reserva de Ley, y limitaciones razonadas y razonables) concurren en el precepto examinado” pues “la adopción de tal medida ha de encontrarse dentro de los (...)”

supuestos legales y se(r) convenientemente razonada en términos de Derecho en función de las circunstancias del caso, así como (permitir) (...) su control por las vías administrativas y jurisdiccionales que resulten procedentes”.

B) El denunciante no tiene por qué ser víctima de la infracción para que el procedimiento sancionador se inicie a partir de su denuncia

El señor Augusto recibió en su dirección de correo electrónico, sin mediar consentimiento previo, un correo electrónico enviado por el señor Juan Francisco en el que se le ofrecían los servicios comerciales de la empresa de este último. Tales hechos fueron puestos en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos por la empresa *On Line Services, SL*, con la que el señor Augusto tenía contratado un sistema de filtros para evitar la entrada de correos no deseables. Como resultado, y tras el oportuno procedimiento administrativo sancionador, el señor Juan Francisco fue sancionado con multa de 30.001 euros como autor de una infracción grave de Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Correo Electrónico. El sancionado impugnó la sanción alegando que quien recibió el correo electrónico fue el señor Augusto, de quien no consta queja alguna al respecto, y que la falta de consideración de afectado del denunciante (la empresa *On Line Services, SL*) desvirtúa el contenido de la denuncia. Por el contrario, la **SAN de 17 de mayo de 2007**, Sección Primera, Ar. 449, declara que “el hecho de que la denuncia no se efectúe por el directamente afectado resulta indiferente a los efectos de iniciación e instrucción del expediente sancionador (...). Es decir, el denunciante no tiene por qué ser el directamente afectado por el hecho denunciado”, con independencia, añadimos nosotros, de que sí deba ser titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo que haya resultado dañado por la supuesta infracción para poder convertirse en interesado del procedimiento administrativo que se inicie para castigarla.

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) El boletín de denuncia no ratificado, una vez rechazados los hechos, es prueba de cargo insuficiente para destruir la presunción de inocencia

Dos policías locales practicaron dos inspecciones en un pub extendiendo sendos boletines de denuncia donde constaba la incautación a diversos clientes de varios trozos de hachís y la recogida del suelo de varias colillas de cigarrillos con sustancia estupefaciente (“porros”). Por tales hechos, se impone sanción de multa de seiscientos euros, clausura de establecimiento y suspensión de licencia por seis meses por infracción grave del artículo 23.i) de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (“tolerancia del consumo ilegal o del tráfico de drogas tóxicas en locales”). La entidad sancionada alega que la sanción ha lesionado su presunción de inocencia pues, a pesar de que negó los hechos imputados, los policías no ratificaron sus denuncias y la Administración tampoco practicó el análisis de las sustancias incautadas, tal y como había solicitado en el procedimiento sancionador. Según la **STC 243/2007, de 10 de diciembre**, Sala Segunda (recurso de amparo), “lo hasta ahora expuesto conduce a la estimación de la demanda de amparo, pues el (...) material probatorio en el que encuentra soporte

VII. Derecho Administrativo Sancionador

la sanción administrativa impuesta revela su clara insuficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia (...). Habiéndose negado la realidad de los hechos denunciados y propuesto la prueba de análisis (...) la Administración (...) disponía de la posibilidad de aportar prueba que justificase la imposición de la sanción en términos constitucionalmente admisibles, como hubieran sido los concretados en la práctica del análisis interesado y la ratificación de los policías locales intervinientes (que sólo se produjo posteriormente: en el recurso contencioso-administrativo)". Además, en el supuesto enjuiciado "la necesidad de ratificación de la denuncia (...) no deriva solamente de la directa aplicación de los preceptos constitucionales, sino que es el propio legislador el que (la) impone (...). Así se desprende del tenor del artículo 37 de la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana y de la interpretación de este precepto que impuso este Tribunal en la STC 341/1993". En consecuencia, se anula la sanción impuesta.

B) La presunción de inocencia como límite a la realización de investigaciones sobre hechos posiblemente sancionables cuando se carezcan de mínimos indicios de actuación irregular

Una vecina presentó escrito ante el CGPJ denunciando posibles irregularidades en la actuación del Secretario municipal y del Juez de Paz en el desempeño de sus funciones. El Servicio de Inspección del CGPJ propuso el archivo de la denuncia al no haberse alcanzado "cierto grado de verosimilitud sobre el contenido del escrito (...) que pueda sostener con cierta entidad indicios que justifiquen el inicio de un expediente disciplinario". De conformidad con este informe, la Comisión Disciplinaria del CGPJ archivó todo lo actuado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de archivo, la STS de 14 de junio de 2007, Sección Séptima, Ar. 5239, lo confirma al considerar que "todo lo vertido en él [en el escrito de denuncia] son imputaciones genéricas carentes de la mínima concreción que resulta necesaria para atribuirle una necesaria verosimilitud". A este razonamiento añade que "la virtualidad que debe darse a los derechos fundamentales, entre ellos el de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, impone no dar curso a denuncias genéricas, como también evitar investigaciones que, por estar derivadas de solicitudes carentes de un mínimo soporte indiciario, puedan llevar consigo actuaciones innecesarias y capaces de generar gratuitamente a terceras personas cualquier clase de molestias o una desconfianza social sobre el respeto que su dignidad merece".

C) La suspensión provisional de funcionario sometido a procedimiento disciplinario no vulnera la presunción de inocencia siempre que se respeten los requisitos legales

Un funcionario de Instituciones Penitenciarias sometido a un procedimiento disciplinario y suspendido provisionalmente en sus funciones alega que tal medida vulnera su presunción de inocencia. La STSJ Castilla y León (Burgos) de 29 de mayo de 2007, Ar. 578, declara con gran acierto que "el derecho a la presunción de inocencia (...) no tiene el mismo alcance en relación a las sanciones (...) que en relación a la adopción de medidas cautelares, como es el caso, ya que estas medidas (...), en tanto en cuanto no prejuzgan el fondo de la cuestión, esto es, la existencia de responsabilidad disciplinaria, no tienen incidencia en el derecho a la presunción de inocencia". A partir de tan acertada afirmación, la sentencia continúa su razonamiento reiterando la confusa y discutible doctrina constitucional en la materia, según la cual "la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares siempre

que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”. De conformidad con estos requisitos, la sentencia concluye que “los elementos en los que se basa la medida tienen una naturaleza objetiva como son el hecho de portar (el imputado) una defensa de goma (...) así como los informes médicos que evidencian una lesión en el interno”. Además, la resolución “valora y pondera el interés del actor en cuanto destinatario de la medida y el interés público”, esto es, “la medida adoptada se ha hecho respetando el principio restrictivo con el que deben de aplicarse las medidas cautelares”. En consecuencia, “no hay lesión del derecho a la presunción de inocencia que se alega”.

D) La inadmisión inmotivada de pruebas reiterativas de otras no vulnera el derecho a la prueba

En el supuesto ya expuesto más arriba en el que la empresa *Restauradora de Mesones, SA* fue sancionada en materia de seguridad laboral, por las lesiones sufridas por una empleada al ser aplastada por una puerta corredera, en el recurso de alzada contra la sanción, la empresa solicitó prueba testifical de los trabajadores respecto al cerramiento causante del accidente. Sin embargo, la Administración no accedió a su práctica ni dio razón alguna para no realizarla. Alegada, por este motivo, la vulneración del derecho fundamental a la prueba, la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2007**, Ar. 433, explica que los trabajadores del centro declararon unánimemente ante el inspector durante la tramitación del procedimiento que el cerramiento tenía un funcionamiento deficiente desde hacía tiempo. Por todo ello, la sentencia concluye que “conociéndose con certeza lo que los trabajadores y el empleado de la recurrente manifestaron respecto del cerramiento de la puerta, la no resolución por la Administración de la prueba testifical propuesta por la hoy demandante en su recurso de alzada no produce la nulidad de la resolución que resolvió la alzada”.

E) Valor probatorio de las actas de inspección

En el período analizado, la jurisprudencia menor sigue insistiendo en la compatibilidad existente entre la presunción de certeza de las actas de inspección y el derecho a la presunción de inocencia del imputado llegando a afirmar, incluso, con absoluta normalidad, que esa presunción de certeza desplaza la carga de la prueba sobre el expedientado en los procedimientos sancionadores. En esta ocasión, lo declara la **STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2007**, Ar. 438:

“las actas de inspección de trabajo (...) aparecen dotadas en cuanto a su descripción fáctica de una presunción de certeza (...); presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (...). Por tanto, la presunción de certeza despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es este quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

F) Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria

En virtud de las mediciones realizadas por la Guardia Civil y reflejadas en la oportuna denuncia, se sancionó al titular de una concesión administrativa en materia de aguas por una infracción leve consistente en no respetar el caudal mínimo ecológico del río. El sancionado alega la falta de prueba suficiente de los hechos imputados, dado que la medición de los agentes no se basó en una apreciación científica sino en una evaluación y cálculo aproximado de éstos. Al respecto, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2007, Ar. 539, declara que “la denuncia de la Guardia Civil” debe ser valorada de conformidad con el “artículo 137.3 de la Ley 30/1992 (...), sobre todo si se considera que la propia demandante, más próxima a la prueba –supuesto del artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil–, no justifica la equivocación de los agentes, cuando pudiera haberlo podido hacer si hubiese cumplido con su obligación de tener instalada una estación de aforos, que hubiera podido acreditar, sin error, el mantenimiento del caudal obligado (...), a lo que se obligó la actora cuando obtuvo la concesión y que sólo se instaló con fecha muy posterior a la denuncia a que se refiere este proceso”. En consecuencia, “los hechos base de la infracción que se le imputa por la administración deben entenderse acreditados con las pruebas obrantes en autos”, que son la denuncia de la guardia civil y otros informes que figuran en el expediente.

G) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos

Una entidad mercantil fue sancionada por contratar servicios de transporte con transportista no autorizado alcanzando las 500 toneladas de mercancía. Alegada la falta de prueba respecto a que se hubieran alcanzado las 500 toneladas de mercancía previstas en el tipo aplicado, la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2007, Ar. 454, recuerda:

“se admite la potencialidad de la prueba indirecta circunstancial e indiciaria para enervar la presunción de inocencia siempre que se expresen en (...) la resolución las grandes líneas que conducen a la deducción, y que ésta se obtenga a partir de datos fácticos cuya existencia esté acreditada por prueba directa, que tales datos sean concomitantes a aquel que se trata de probar y que la deducción sea racional y lógica”.

A partir de estas reglas, la sentencia considera válida la prueba indiciaria empleada, señalando, respecto al caso enjuiciado, que “la carga útil de los vehículos obrantes en la relación de servicios de transporte superaba las 153 toneladas (...), (dado) su carácter continuado durante el año y la naturaleza perecedera de los productos que comercializa, resulta plenamente lógico y razonable entender que a lo largo del año la contratación global supera sin duda el volumen de 500 toneladas”.

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Su motivación es un derecho constitucional del imputado

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2007, Ar. 539, insiste en 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 viene denominándose legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional (...). Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (...) (y) también en relación con actos administrativos que impongan sanciones”. Así, el derecho a la motivación de la resolución sancionadora es “un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales que (...) resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Así, de poco serviría exigir que el expedientado cuente con un trámite de alegaciones para su defensa, si no existe un correlativo deber de responderlas; o proclamar el derecho a la presunción de inocencia, si no se exige al órgano decisor exteriorizar la valoración de la prueba practicada y sus consecuencias incriminatorias. De igual manera, la motivación, al exponer el proceso racional de aplicación de la ley, permite constatar que la sanción impuesta constituye una proporcionada aplicación de una norma sancionadora previa”.

B) Sancionar en alzada por infracción distinta, aunque de la misma gravedad, sin informar previamente al imputado vulnera su derecho fundamental a conocer la acusación

Se sancionó por la infracción muy grave del artículo 65.5.b) de la Ley de Tráfico consistente en incumplir la obligación de someterse a las pruebas de alcoholemia por parte de los conductores implicados en algún accidente de circulación. La resolución del recurso de alzada contra la sanción aprecia, sin embargo, la comisión de la infracción muy grave del artículo 65.5.a) de la Ley de Tráfico consistente en conducir habiendo ingerido alcohol en tasa superior a la reglamentariamente establecida. Al respecto, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de febrero de 2007**, Ar. 443, anula la sanción impuesta en alzada argumentando que “la sorpresiva transformación en la alzada del tipo infractor por el que el actor fue sancionado le privó de la posibilidad de ejercitar las defensas que estimara oportunas contra la nueva acusación por la que a la postre resultó condenado. En resumidas cuentas, si la Administración condena en función de una concreta infracción, en la resolución del recurso de alzada está excluida la posibilidad de sancionar con base en otra diferente, ya que no se sometió al debate procedimental extremos esenciales del ilícito no planteado y por el que, a la postre, se condena”.

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) *Dies a quo* del cómputo del plazo: no lo es el día de la denuncia

El 16 de diciembre de 2003 se presentó denuncia por la posible comisión de una infracción. A results de dicha denuncia, se adoptó acuerdo de incoación de procedimiento administrativo sancionador el 30 de septiembre de 2004, concluido con resolución sancionadora notificada el 29 de marzo de 2005. Alegada la caducidad del procedimiento sancionador al haber transcurrido más de seis meses entre la fecha de la denuncia y la fecha de la notificación de la sanción, tal pretensión es rechazada, pues la **SAN de 17 de mayo de 2007**, Sección Primera,

Ar. 449, reitera que el plazo de caducidad no se computa desde la fecha de la denuncia, sino “desde la fecha del acuerdo de iniciación”.

B) Caducidad del procedimiento disciplinario contra funcionarios

La jurisprudencia menor comienza a recepcionar y aplicar la doctrina emanada de la STS de 27 de febrero de 2006 [de la que dimos cuenta en el núm. 34 de esta Revista, crónica VII.11.A)] y posteriormente confirmada por otras sentencias del TS, según la cual la caducidad es aplicable al procedimiento disciplinario contra jueces y funcionarios. En este sentido, la **STSJ de Navarra de 2 de abril de 2007**, Ar. 542, anula la sanción impuesta a un profesor de enseñanza secundaria tras comprobar que el expediente disciplinario fue incoado el 23 de diciembre de 2002, no siendo notificada la resolución sancionadora hasta el 8 de agosto de 2005. Además, como aportación propia y separándose de lo declarado por el TC, la sentencia añade que la sujeción a un plazo de caducidad “en los procedimientos sancionadores, y entre ellos los disciplinarios, es una exigencia derivada del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24 CE) (...). Y ello por cuanto lo contrario, esto es, admitir la posibilidad de que un proceso de tal naturaleza, del que pueden derivarse consecuencias de tanta gravedad como la pérdida de la condición de funcionario, pueda prolongarse indefinidamente con la correlativa prolongación de la situación de incertidumbre e inseguridad por él al mismo sometido, vulnera flagrantemente cualquier interpretación de los anteriores derechos constitucionales”.

C) Aplicación de la regulación estatal general sobre caducidad a un procedimiento disciplinario autonómico cuya normativa no prevé nada al respecto

Un funcionario del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria de Navarra fue sancionado disciplinariamente como autor de varias infracciones previstas en el Texto Refundido del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra, para cuya imposición se siguió lo establecido en el Decreto Foral 117/1985, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad disciplinaria. El expediente disciplinario fue incoado el 23 de diciembre de 2002, no siendo notificada la resolución sancionadora al expedientado hasta el 8 de agosto de 2005, esto es, ampliamente superados los seis meses. En atención a tales hechos, el sancionado alegó la nulidad de las sanciones impuestas por caducidad del expediente. El mencionado Decreto Foral 117/1985, sin embargo, no preveía la terminación del procedimiento por caducidad. Ante este supuesto de hecho, la **STSJ de Navarra de 2 de abril de 2007**, Ar. 542, se plantea “si el silencio de la normativa foral ha de considerarse un silencio voluntario, querido por el legislador foral [o el reglamentador (sic)] o, por el contrario, constituye un supuesto de laguna legal que haya de ser integrado por su intérprete-aplicador”. A partir de ahí, la sentencia considera que debe entenderse “con la mejor doctrina, que la diferencia entre laguna y silencio voluntario ha de buscarse en la consecuencia que de una u otra consideración resulte: silencio si la respuesta que de ello se infiere no colisiona con los principios esenciales del ordenamiento general o de la institución de que se trate en particular; laguna en caso contrario, cuando la respuesta que del silencio resulta es inadmisibile, [Por ello] es obligado concluir que el silencio del Decreto Foral 117/1985 no es tal sino una laguna legal que este Tribunal ha de integrar por resultar inadmisibile y no comprendida en sus obligaciones la posibilidad de que los funcionarios de la Administración Foral de Navarra puedan quedar sujetos a un expediente sancionador que, una vez iniciado, no tenga plazo de finalización”. En atención a lo anterior, y

en aplicación de la doctrina jurisprudencial emanada de la STS de 27 de febrero de 2006 [de la que dimos cuenta en JA, núm. 34, VII.11.A)], considera de aplicación la normativa estatal general en materia de caducidad recogida en la Ley 30/1992.

D) La desestimación por silencio de la solicitud de que se declare la caducidad de un procedimiento sancionador es directamente impugnabile

Lo afirma la STS de 20 de septiembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 5491, con relación a un procedimiento sancionador de expulsión de extranjero, añadiendo que “la afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo (...) podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez —si es que llega a dictarse— se acuerde la expulsión, es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo”. En el mismo sentido, SSTs de 20 de septiembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 5492, 5493 y 5494.

10. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

A) El derecho a la tutela judicial efectiva exige que el juez de lo contencioso-administrativo pueda pronunciarse sobre la suspensión de la sanción impugnada

La STC 259/2007, de 19 de diciembre (Pleno), resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 63.4 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, tras su reforma por Ley 8/2000, según el cual: “La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata”.

A la alegación del Letrado de la Junta de Andalucía de que dicho precepto puede interpretarse en el sentido “de que se ha tratado de sustraer a los Tribunales la posibilidad de suspender la ejecución de esos actos (de la sanción de expulsión que se impugne en vía contencioso-administrativa), lo que resultaría contrario al artículo 24 CE”, la sentencia resuelve que “no cabe interpretar este precepto en el sentido de que limita las formas de tutela judicial previstas en el Ordenamiento jurídico —en particular, el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la eventual suspensión de la decisión de expulsión de acuerdo con lo previsto en su Ley reguladora—, por cuanto la decisión ha de ser notificada al interesado y es susceptible de ser recurrida (...). En conclusión, no es posible apreciar que (...) (el) precepto(...) impugnado(...) vulnere(...) 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 las mismas, 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”. Así que, el mencionado precepto resultará conforme con la CE —con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva— siempre que sea interpretado tal y como declara esta sentencia.

11. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) El acto de incoación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnabile jurisdiccionalmente

Así lo declara, una vez más, la STS de 20 de septiembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 5491, con respecto al procedimiento sancionador de expulsión de un extranjero del territorio nacional, pues este acto, entre otras cosas, posibilita que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de detención del extranjero expedientado.

B) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta: doctrina general y cambio de criterio jurisprudencial

La STS de 23 de abril de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 3763, tras rechazar el tipo aplicado por la Administración, se plantea si ella misma puede recalificar los hechos y, en caso afirmativo, imponer una nueva sanción. A este respecto, recuerda que hasta el momento había rechazado tal posibilidad, pero da cuenta de una nueva doctrina, a raíz del pleno no jurisdiccional del día 16 de abril,

“en el sentido de admitir la posibilidad de recalificar los hechos siempre que:

- a) Entre la falta dejada sin efecto y la apreciada *ex novo* exista homogeneidad. Es decir, que tengan la misma o semejante naturaleza, en razón del bien jurídico protegido...
- b) Que el sustrato fáctico de la nueva falta haya sido acreditado en el expediente disciplinario al efecto seguido.
- c) Que no se produzca indefensión, exigiéndose al respecto la existencia de un debate previo al que debe atenderse la Sala.
- d) Que la dirección letrada del recurrente haya admitido expresa o tácitamente la comisión de una falta de menor gravedad a la inicialmente impuesta.

Cuando esto ocurra, esta Sala no encuentra impedimento legal alguno para efectuar una nueva calificación, con tal que con ello no se infrinja el principio de prohibición de reforma in peius y cuente con elementos de juicio suficientes para efectuar una crítica seria y fundada de la resolución impugnada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente conscientes”.

En el caso de autos, la Sala estima que concurren tales circunstancias. Se trataba de un guardia civil que había sido sancionado por la infracción disciplinaria grave consistente en un altercado con un compañero con “afección grave a la convivencia entre ellos”. La Sala no considera probado este segundo elemento, aunque sí el altercado, por lo que acaba sancionando por la falta leve consistente sólo en el altercado con el compañero. En la misma línea, la STS de 22 de junio de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 3768.

C) La lesión de derechos fundamentales del imputado en vía administrativa no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo

Lo declara otra vez la STC 243/2007, de 10 de diciembre, Sala Segunda (recurso de amparo), en consonancia con la nueva jurisprudencia de la que dimos cuenta en los números 34 y 37 de esta Revista, apartados VII.8.B) y VII.15.A), respectivamente. En este caso, con relación a la vulneración que del derecho a la presunción de inocencia se había producido en el procedimiento administrativo donde se sancionó en virtud de prueba de cargo insuficiente. En concreto, a partir de dos boletines de denuncia no ratificados en vía administrativa por los policías que los extendieron, a pesar de que en el posterior recurso contencioso-administrativo contra la sanción sí se produjo la ratificación:

“en el caso de estimarse que la resolución administrativa ha vulnerado el derecho de la entidad demandante a la presunción de inocencia, tal vulneración no habría podido ser subsanada en el proceso judicial subsiguiente a base de sustituir a la Administración completando con la de los Jueces o Tribunales la actuación propiamente administrativa, (...).

Sobre la inadecuación constitucional de considerar que el proceso judicial de impugnación de una sanción administrativa subsane las lesiones del artículo 24.2 CE causadas en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador supliendo sus deficiencias en el seno del propio proceso judicial, sustituyendo así en sus funciones propias a la Administración autora del acto, fiscalizado en el proceso, existe ya doctrina constitucional consolidada (entre las últimas la STC 175/2007, de 23 de julio), que así lo afirma porque: ‘no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, condenen al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE’. Esta misma Sentencia constitucional continúa afirmando que la vigencia de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el cual debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional”.

D) Vinculación de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a los hechos declarados probados en la jurisdicción social

Un trabajador sufrió un accidente laboral. La Administración laboral impuso una sanción por considerar que la causa determinante del accidente fue la falta de medidas de seguridad por

VII. Derecho Administrativo Sancionador

carecer la máquina de documentación acreditativa del cumplimiento de las normas de seguridad y por no cumplir —la empresa— el plan de acción preventiva establecido respecto de dicha máquina. Con base en los mismos hechos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social impuso a la empresa un recargo en sus cuotas por la falta de medidas de seguridad. No obstante, tal decisión fue anulada por el Juzgado de lo Social de Murcia por entender que la empresa no incumplió las medidas de seguridad y que el accidente no se produjo por causa imputable a ella “que puso de su parte todo lo que pudo para evitar el accidente”. Esta sentencia —que adquirió firmeza— fue aportada por la empresa sancionada al proceso contencioso-administrativo contra la sanción seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia que, no obstante, confirmó la sanción impuesta sin hacer mención a la sentencia de lo social. La empresa impugna en amparo la sentencia que confirma la sanción y alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por violación del principio de seguridad jurídica ya que sobre los mismos hechos se han dictado dos resoluciones judiciales contradictorias. Al respecto, la **STC 16/2008, de 31 de enero**, Sala Segunda (recurso de amparo), declara que la sentencia impugnada

“no ha tenido en cuenta para valorar los hechos la existencia de un previo pronunciamiento judicial; de ahí que ambos resulten claramente contradictorios (...). En el momento en el que la resolución aquí impugnada se dicta, existe ya una resolución firme recaída en otro orden jurisdiccional, que niega la existencia del incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales que se achacaba a la actora, declaración que no podía ser desconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Ello no supone, (...) la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, que sólo se produciría cuando así lo determine el Ordenamiento jurídico (...). Fuera de esos casos, lo que cuenta es que el Estado, a través de uno de sus órganos jurisdiccionales, ha declarado la existencia o inexistencia de unos hechos, y no cabe, (...), que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca dicha declaración. Naturalmente, para que el órgano judicial pudiera tomar en cuenta una resolución firme de otro órgano era preciso que tuviera conocimiento oficial de la misma, porque se hallara incorporada al proceso tramitado ante él, presupuesto que aquí concurre (...). En tal tesitura, es evidente que la Sala no podía desconocer la premisa básica que con anterioridad se había establecido y que, para desestimar el recurso interpuesto por la actora, tenía que haber entrado a razonar, con una motivación suficiente que exteriorizase el fundamento de la decisión adoptada, por qué, si antes se había acordado por el Juzgado de lo Social, en una decisión judicial ya firme, que no había existido incumplimiento por la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales, ahora partía de la premisa contraria (...). Todo lo hasta aquí expuesto conduce, (...), a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (...). El alcance de nuestro fallo no puede ser otro que el de anular la mencionada Sentencia, con retroacción al momento anterior al de su votación y fallo, para que por la Sala, (...), se dicte una nueva Sentencia que resulte respetuosa con el derecho fundamental de la actora que ha sido vulnerado, y en la que, en consecuencia, con libertad de criterio, se analice el alcance de lo declarado por la Sentencia del Juzgado de lo Social”.

E) La anulación en vía judicial de una sanción de multa ya pagada determina su devolución junto con los intereses legales que haya devengado

Así lo afirma la SAN de 17 de mayo de 2007, Sección Primera, Ar. 449, indicando que, en el supuesto de una sanción pecuniaria recurrida, “en el caso de que efectivamente se hubiera abonado, procedería lógicamente su devolución junto con los intereses correspondientes hasta la fecha de la devolución, conforme reiterada doctrina de esta Sala avalada por el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 2005”. En la misma línea, la STS de 20 de junio de 2007, Sección Quinta, Ar. 5345, fija como fecha de devengo del interés legal, “la de interposición del presente recurso contencioso-administrativo o, si se hubiesen abonado después (las cantidades de la sanción económica), la del efectivo pago”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMÍJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Sujetos de la expropiación. A) Doctrina jurisprudencial sobre la indemnizabilidad de las situaciones posesorias en precario de inmuebles expropiados. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Posibilidad de esgrimir la prescripción adquisitiva de los terrenos ocupados ilegalmente en una vía de hecho expropiatoria cuando la posesión es ininterrumpida y pacífica por contar con la actitud pasiva y el consentimiento tácito de los titulares de la finca. **4. Determinación del justiprecio.** A) Valoración del suelo no urbanizable destinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase: el fin de la jurisprudencia “crear ciudad” y la vuelta al criterio tradicional. **5. Garantías sustanciales.** A) Improcedencia de aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 del CC al ejercicio del derecho de reversión una vez que han transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien expropiado sin que se hubiera iniciado la ejecución de la obra o la implantación del servicio. B) Requisitos legales para el ejercicio del derecho de reversión en calidad de causahabiente: prueba de la condición hereditaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la doctrina más destacada de la producida por Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante el tercer trimestre de 2007. Pese a no ser muy abundante el número de sentencias analizadas en esta ocasión, algunas de ellas merecen ser resaltadas preliminarmente por su carácter novedoso o por la relevancia de la doctrina que sientan. Tal sucede con el pronunciamiento relativo a la posibilidad de considerar sujeto expropiado a quien ocupa y posee el bien expropiado a título de precario, siempre que medie cesión del propietario en la que conste tal condición, en cuyo caso la posición del precarista en el procedimiento de justiprecio se equipara a la del arrendatario. Particularmente importante es la sentencia que sienta la posibilidad de esgrimir la prescripción adquisitiva de los terrenos ocupados ilegalmente en una vía de hecho expropiatoria cuando la posesión subsiguiente de la Administración es ininterrumpida y cuenta con el consentimiento tácito de los titulares de

la finca, que matiza de ese modo los efectos de la nulidad que, por vía de principio, derivan de las ocupaciones en vía de hecho. Asimismo tiene especial interés la sentencia que se comenta en relación con la valoración expropiatoria de los terrenos destinados a sistemas y dotaciones que se asientan en suelo no urbanizable, que vaticina el fin de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la procedencia de valorar dichos terrenos como si de suelo urbanizable se tratase a la vista de la modificación del artículo 25 de la Ley 6/1998 producida por la Ley 53/2002 y de la más reciente aprobación de la Ley estatal 8/2007 de suelo.

2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

A) Doctrina jurisprudencial sobre la indemnizabilidad de las situaciones posesorias en precario de inmuebles expropiados

Es sabida la distinción que la legislación expropiatoria consagra (artículos 3 a 7 de la LEF y 6 y 7 del REF) entre el expropiado principal, o titular del dominio, y los propietarios secundarios que son titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa (hipoteca, censo, arrendamiento, etc.). La distinción tiene importantes consecuencias de régimen jurídico. Así, la Administración sólo debe investigar de oficio la existencia de los expropiados principales, a cuyo efecto el artículo 3 de la LEF presume *iuris tantum* que es propietario de los bienes “quien con ese carácter conste en los Registros públicos que produzcan presunción de titularidad que sólo puede ser destruida judicialmente o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en los registros fiscales o, finalmente, a quien lo sea pública y notoriamente”. Los expropiados secundarios también podrán ser parte en el expediente expropiatorio, pero su condición de interesado se configura como una carga –al modo de la que pesa sobre el titular de intereses legítimos en el procedimiento administrativo– ya que dicha condición se adquiere “siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente” (artículo 4.1 de la LEF), sin perjuicio de que, de constar su derecho en los Registros públicos a los que se refiere el artículo 3 de la LEF, sea preceptiva su citación en el expediente de expropiación (artículo 4.2 de la LEF). Por otra parte, los expropiados secundarios no obtienen un justiprecio independiente sino la parte proporcional que a su derecho corresponda en el justiprecio del expropiado principal, de quien son acreedores, con la sola excepción de los titulares de arrendamientos rústicos o urbanos, que tienen derecho a una indemnización independiente que ha de fijarse en pieza separada (artículos 4.1 *in fine* de la LEF y 6.2 del REF).

En este esquema legal no se contempla expresamente la figura del precarista que ocupa el bien con consentimiento del propietario y que no tiene la condición formal de arrendatario, al que, sin embargo, cabría considerar como titular de un interés económico patrimonial legítimo a los efectos del artículo 1 de la LEF. Éste es el caso que analiza la STS de 3 de julio de 2007, Ar. 6611, al resolver el recurso de casación deducido contra la STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2003 (Ar. 109690 de 2004), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ocupante de un local comercial expropiado por el Ayuntamiento de Barcelona que lo dedicaba a actividad de almacenaje sin más título que el consentimiento y tolerancia de la sociedad mercantil propietaria del inmueble.

VIII. Expropiación Forzosa

La Sala de instancia, al igual que luego hace el Tribunal Supremo, rechaza el derecho indemnizatorio de este precarista por no acreditar la relación contractual que le unía al propietario. Al hilo de ello, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la indemnizabilidad de estas situaciones a precario:

“Esta sala viene considerando en una consolidada jurisprudencia (v.gr., Sentencia de 23 de mayo de 1979), que el amplio campo objetivo que diseña el artículo 1º de la Ley de Expropiación forzosa —y corrobora el artículo 1º del Reglamento de Expropiación— exige que no se quede sin indemnizar ningún derecho o interés expropiado. Por ello se incluyen en ella, como dice la exposición de motivos de la ley, ‘todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general, y como tal se estructura sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular’.

Entre las situaciones que por su especial configuración jurídica mueven a más dudas se encuentran las posesorias, las cuales pudiera pensarse que no engendran un derecho a la indemnización cuando la posesión se tiene a título de precario. Sin embargo, la jurisprudencia reiteradamente declara —desde las Sentencias de 22 de marzo de 1957 y 19 de noviembre de 1957, en cuanto sancionaron el derecho a indemnización de los propietarios de establecimientos mercantiles situados en los inmuebles expropiados y disfrutados sin título arrendaticio, y otras como las de 30 de noviembre de 1964, 21 de octubre de 1971 y 8 de marzo de 1972— que la amplia fórmula expresada en los preceptos citados autoriza a que en determinados casos pueda ser la situación de precario objeto de indemnización. Así, cuando la acepción de precario que se discute no es la posesoria o de puro hecho en que se tiene o detenta incluso sin derecho para ello, y sin la tolerancia del dueño, sino que se contempla una situación contractual por la que una persona cede el uso gratuito de la cosa, revocable a juicio del cedente.

En conclusión, la doctrina jurisprudencial incluye entre los que acreditan derecho a indemnización a los precaristas con anuencia del titular o dueño, bien que reconociendo el derecho no frente a éste —con lo cual no puede aplicarse a este caso el artículo 6º del Reglamento de Expropiación—, sino frente al expropiante, al acreditar un interés susceptible de evaluarse económicamente y digno de tutela jurídica, y entre ellos, de modo especial, a los propietarios de establecimientos mercantiles situados en los inmuebles expropiados y disfrutados sin título arrendaticio.”

Como se deduce de la jurisprudencia transcrita, no cualquier situación posesoria de hecho es suficiente para ser acreedor de una indemnización, que sólo cabe en aquellos supuestos en los que se produzca “una situación contractual por la que una persona cede el uso gratuito de una cosa”; situación contractual que deberá quedar debidamente acreditada, que es lo que no se produce en el caso enjuiciado. Nótese, por lo demás, que el Tribunal Supremo equipara al poseedor en precario que cuenta con el respaldo de una “situación contractual” de cesionario a la de arrendatario, de modo que serían de aplicación en estos casos los artículos 4.1 *in fine* de la LEF y 6.2 del REF que avalan la reclamación de un justiprecio independiente (en pieza separada) a la Administración expropiante o al beneficiario.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Posibilidad de esgrimir la prescripción adquisitiva de los terrenos ocupados ilegalmente en una vía de hecho expropiatoria cuando la posesión es ininterrumpida y pacífica por contar con la actitud pasiva y el consentimiento tácito de los titulares de la finca

La STS de 9 de octubre de 2007, Ar. 8150, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2004 (Ar. 222605 de 2005), en la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo presentado contra la denegación por parte del Ministerio de Fomento de la expropiación de unos terrenos ocupados en su día para la construcción de una vía férrea.

Según el relato de hechos expuesto en la sentencia de instancia, en 1921 la finca agrícola afectada fue parcialmente expropiada por la Compañía de los Ferrocarriles Económicos de Asturias para la construcción de un ramal de ferrocarril. En el expediente expropiatorio consta una hoja de aprecio referida a una extensión superficial de 2.173 metros cuadrados. En 1999, los terrenos expropiados fueron declarados innecesarios para el servicio ferroviario, por lo que se inició el proceso de reversión de éstos a sus antiguos propietarios o causahabientes. En relación con la referida finca, FEVE, que desde 1972 se había hecho cargo de los bienes e instalaciones procedentes de Ferrocarriles Económicos de Asturias, determinó que la superficie a revertir era de 2.718 metros cuadrados. En el expediente de reversión se constató que los terrenos expropiados en su día, según el plano parcelario obrante en el Inventario de Bienes Inmuebles de FEVE, correspondían a una parcela de 3.086 metros cuadrados, aunque la superficie destinada a ferrocarril sólo concernía a 2.718 metros cuadrados, estando ocupados otros 272 metros cuadrados por calles, y 96 metros más de superficie en solares. En vistas de la discordancia entre lo que se dice que se expropió, lo que efectivamente se afectó al servicio ferroviario y lo que pretende revertirse, los causahabientes de la expropiada solicitaron al Ministerio de Fomento, mediante escrito de 3 de diciembre de 2001, que se iniciara expediente de expropiación de los 817 metros cuadrados que representaban la diferencia entre los 3.086 correspondientes a la parcela expropiada y los que se hicieron constar en la hoja de aprecio (2.173) en 1921. La denegación de esta solicitud motivó el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

El argumento empleado por los recurrentes para justificar su petición de expropiación de esos 817 metros cuadrados es que dicho terreno fue indebidamente ocupado por la Administración expropiante sin abonar el correspondiente justiprecio, actuando así a través de una vía de hecho determinante de la nulidad de pleno Derecho del acto de ocupación y, por tanto, de la imprescriptibilidad de las acciones que en defensa de su derecho le corresponden.

La sentencia de instancia desestima el recurso descartando que se produjera una vía de hecho administrativa consistente —como pretendían los recurrentes— en “una actividad material de ejecución que excede del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo”; pues, en este supuesto, no puede extraerse tal conclusión de los antecedentes existentes, que —según el Tribunal a quo— ponen de manifiesto que la Administración se limitó a tomar posesión de

VIII. Expropiación Forzosa

los bienes que aparecían descritos en el expediente expropiatorio siguiendo fielmente los límites y linderos de referencia, con independencia de que se hubiera producido un error al determinar su cabida. En este sentido, la Sala se apoya en el informe pericial aportado por el actor junto a su demanda, en el que se realiza una medición de la finca expropiada que arroja una superficie superior a los 3.000 metros cuadrados, pero que se realiza sobre un plano de 1921 en el que se recogen los límites de la finca expropiada que fueron objeto de ocupación, sin que se haya acreditado que la Administración sobrepasara dichos límites en ningún momento. Al no existir propiamente vía de hecho, sino un desajuste entre los datos de la finca recogidos por el expediente expropiatorio y su cabida real, la sentencia de instancia concluye que no puede sostenerse la nulidad de pleno derecho del procedimiento expropiatorio y tampoco, en consecuencia, el imprescriptible derecho del actor, ejercido ochenta años después de la expropiación, a solicitar que se le expropie el exceso de cabida no indemnizado.

Añade la sentencia de instancia que la Administración

“opone también en este proceso, con acierto, su derecho de propiedad sobre el mismo, obtenido por prescripción adquisitiva. Ello es así porque aun en el caso de que admitiéramos a efectos dialécticos que medió vía de hecho por parte de la Administración en el procedimiento expropiatorio en el sentido indicado anteriormente, nada impide que la posesión así ganada sea apta para la usucapión siempre que se den los requisitos previstos en los artículos 1959 y 1963 del Código Civil para la prescripción adquisitiva extraordinaria. Y es indudable que dichos requisitos se dan en el presente caso. El primero de ellos –la adquisición de la posesión– se produjo mediante la ocupación de la finca que aparecía delimitada sobre plano como objeto de expropiación en el expediente administrativo, circunstancia conocida y consentida por los propietarios en aquel momento, que ninguna oposición presentaron o al menos no consta que lo hicieran, y que con esos límites fue valorada en hoja de aprecio, aunque se recogiera erróneamente una cabida inferior a la real y por tanto una valoración menor de la que correspondía. Además, una vez ganada dicha posesión se ha mantenido por la Administración de forma pública, pacífica y no interrumpida durante casi ochenta años, sin que ninguna oposición se haya manifestado tampoco a lo largo de dicho período de tiempo por los antiguos propietarios, lo que resulta evidenciado por el hecho de que el servicio ferroviario se haya estado prestando con total normalidad durante esos años por el citado ramal”.

Es decir, que aun admitiendo la supuesta vía de hecho argüida por los actores, el tácito consentimiento de la ocupación deslegitimaría la reclamación de aquéllos cuando concurren las circunstancias de la posesión ininterrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni buena fe que configuran el supuesto de usucapión extraordinaria del artículo 1959 del CC.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra esta sentencia y casa el pronunciamiento de instancia. No obstante, haciéndose eco del razonamiento del Tribunal *a quo* sobre la aplicabilidad de la prescripción adquisitiva extraordinaria, desestima el recurso contencioso-administrativo por entender que ha tenido lugar la adquisición de la finca por usucapión habida cuenta la actitud pasiva y el tácito consentimiento en la ocupación por parte de los titulares de la finca.

En relación a la apreciación de la prueba, el Tribunal Supremo sostiene que en instancia se realizó una valoración arbitraria e irrazonable de la prueba pericial que condujo a resultados que se alejan de las reglas de la sana crítica, estimando este motivo casacional porque

“no resulta lógica ni conforme con las reglas de la sana crítica la conclusión a la que llega el Tribunal a quo, que identifica el objeto de la expropiación con los linderos que corresponden a la finca en su totalidad y no a la parte de la misma que fue objeto de expropiación y atiende a la medición realizada sobre el plano de los archivos de FEVE y no el que corresponde al procedimiento expropiatorio, al que no hace ninguna referencia, de la misma forma que no tiene en cuenta el informe pericial complementario aportado en período de prueba y admitido como tal, que refleja con claridad la situación en cuanto a la superficie total de la finca y la parte de la misma objeto de expropiación, por lo que el plano de los archivos de FEVE, a que se refiere la sentencia recurrida, lo que viene a poner de manifiesto es el exceso en la ocupación de terrenos de dicha finca respecto de los que fueron objeto de expropiación o, lo que es lo mismo, que se produjo una extralimitación muy significativa en la ocupación de terrenos, de alrededor de 1.000 m², que supone casi un 50 por 100 más de la superficie realmente expropiada, ocupación que no resulta amparada por el procedimiento expropiatorio y en cuanto supone una grosera extralimitación y carece de título que habilite para ello coloca a la Administración ante la vía de hecho, con las consecuencias inherentes a tan grave infracción del ordenamiento jurídico”.

Declarada la vía de hecho en que incurrió la Administración expropiante, el Tribunal Supremo aborda seguidamente la cuestión de la usucapión y de la discutida prescripción de la acción de los causahabientes amparada en la nulidad de la ocupación. Con cita y glosa de la jurisprudencia del propio Tribunal que aborda esta cuestión, la sentencia que se comenta afirma la aplicación al caso del artículo 1959 del CC con los siguientes argumentos de los que merece la pena dejar constancia:

“la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente a la ocupación de bienes por vía de hecho, como vicio determinante de nulidad de pleno derecho de la misma, viene referida a la pretensión ejercitada, que en este caso consiste en la iniciación de expediente de expropiación respecto del exceso de terreno ocupado (...) y la determinación del justo precio, solicitando en la demanda el pago de dicha cantidad, incrementada en el premio de afección y los intereses legales correspondientes (...).

Pero a ello puede oponerse la adquisición de la propiedad de tales terrenos por la Administración o beneficiaria que llevó a cabo la ocupación, en virtud de un título distinto, como puede ser la prescripción adquisitiva o usucapión, en cuanto supone la pérdida de la propiedad por el reclamante, dejando sin contenido el derecho invocado por el mismo.

A tal efecto, la forma en que se accedió a la posesión, mediante la ocupación por vía de hecho, habrá de valorarse en la determinación de los requisitos exigidos para que la usucapión extraordinaria opere, pero no excluye sin más la posibilidad de tal forma de adquisición de la propiedad.

VIII. Expropiación Forzosa

Así resulta de la doctrina de esta Sala, que se recoge en Sentencias de 12 de diciembre de 2006 y 17 de mayo de 2006, que reproducen lo expuesto en las Sentencias de 6 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 2004, según las cuales: la ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce en favor de la propiedad como derecho fundamental (artículo 33 de la Constitución) y coloca a la administración en el terreno de las llamadas vías de hecho, que se producen, entre otros supuestos, cuando la administración actúa totalmente al margen del procedimiento establecido. Cuando estas circunstancias ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No cabe, sin embargo, descartar —y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso— que una posesión adquirida de manera no pacífica por la administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *verus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

Es cierto que tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo (...)

[T]al doctrina lleva a examinar las circunstancias de cada caso sobre la actitud del *verus dominus*, como determinante del carácter pacífico de la posesión (...)

En este caso las circunstancias concurrentes resultan (...) significativas, pues los propietarios y sus causahabientes han dejado transcurrir prácticamente ochenta años sin llevar a cabo acto alguno que ponga en cuestión la posesión de la beneficiaria de la expropiación, a pesar de haberse producido varios negocios jurídicos significativos sobre los terrenos ocupados, como la división de bienes en escritura de 4 de noviembre de 1935 y transmisiones hereditarias, poniendo de manifiesto una actitud de pasividad y consentimiento de dicha situación que conforman la condición de poseedor pacífico a efectos de la usucapión por parte de la entidad beneficiaria de aquella expropiación.

Por lo demás, la parte recurrente no cuestiona de concurrencia de los demás requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria —que se produce, según determina el artículo 1959 del Código Civil, por la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de justo título ni de buena fe. Posesión que ha de ser en concepto de dueño, pública,

pacífica y no interrumpida, requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades (artículo 1941)– y que han sido examinados por la Sala de instancia, por lo que ha de estarse a la apreciación de la misma sobre la concurrencia de la adquisición de la propiedad de los terrenos en cuestión por prescripción adquisitiva, que determina la inviabilidad de la pretensión ejercitada en la demanda.

Todo lo cual lleva a desestimar este motivo de casación”.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración del suelo no urbanizable destinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase: el fin de la jurisprudencia “crear ciudad” y la vuelta al criterio tradicional

Según un criterio jurisprudencial asentado, el suelo destinado a dotaciones o sistemas generales ha de valorarse a los efectos de su expropiación como si de suelo urbanizable se tratase, pese a que pueda estar formalmente clasificado de no urbanizable por el Plan urbanístico correspondiente. La procedencia de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional deriva de la lógica compensatoria del urbanismo, pues de lo contrario quedaría vulnerada la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento. No obstante, la jurisprudencia venía condicionando tradicionalmente esta equiparación valorativa del suelo no urbanizable al urbanizable a que la ejecución urbanística de los sistemas generales en cuestión estuviese expresamente contemplada en el Plan. De no ser así prevalecería su valoración como suelo no urbanizable en el contexto de una expropiación ordinaria y no urbanística, ya que en estos casos habría que entender que los sistemas no se expropiaban para la ejecución del planeamiento sino para un proyecto concreto que se mantiene al margen de los mecanismos compensatorios y distributivos del Plan.

Sin embargo, esta condición fue corregida por el Tribunal Supremo a principios de la presente década introduciendo una matización al criterio jurisprudencial tradicional en el sentido que ha sido comentado por nosotros en números anteriores de esta Revista. Así, Sentencias como las de 3 de diciembre de 2002, Ar. 748, de 22 de diciembre de 2003, Ar. 9436, y de 5 de febrero de 2004, Ar. 1867, declararon la procedencia de valorar como suelo urbanizable los terrenos destinados a sistemas generales que contribuyesen a “crear ciudad” con independencia de la clasificación urbanística que les otorgase el Plan o, incluso –y en esto radica lo novedoso de la interpretación–, tratándose de terrenos excluidos de la clasificación que hubieran de obtenerse asistemáticamente. De este modo se rompía el criterio tradicional de vincular esta posibilidad a que el Plan contemplase la ejecución de los sistemas, de forma que la valoración como suelo urbanizable de los sistemas generales quedaba ahora condicionada a que tales espacios o infraestructuras pudiesen ser subsumidos en ese concepto jurídico indeterminado, “crear ciudad”, cuya concreción al caso concreto exigía un esfuerzo ponderativo suplementario. Sentencias posteriores, muchas de ellas también comentadas por nosotros en esta Revista (como las de 9 de marzo de 2005, Ar. 3617, 14 de febrero de 2003, Ar. 3076, 12 de octubre de 2005, Ar. 7463, 8 de marzo de 2006, Ar. 1937, 27 de junio de 2006, Ar. 5974, 3 de octubre de 2006, Ar.

VIII. Expropiación Forzosa

7587, 18 de enero de 2007, Ar. 1157, o 20 de febrero de 2007, Ar. 845) aportaron nueva luz a esta línea jurisprudencial proporcionando argumentos para la más ajustada interpretación del concepto “crear ciudad”.

En un intento de extraer conclusiones de esta jurisprudencia y de sistematizarla, en el número 33 de esta Revista decíamos que la distinción entre los sistemas que crean ciudad y los que no la crean requiere examinar las circunstancias concretas de cada caso considerado y ponderar los diversos aspectos concurrentes: en primer término, el objeto y fin de la expropiación realizada en orden a conocer si se trata de un sistema que “crea” o no ciudad en razón de su grado de ajenidad o imbricación en el entramado o las necesidades urbanas; en segundo lugar, la posible concurrencia de un propósito fraudulento en la clasificación del suelo por parte del planificador, para verificar que éste no ha efectuado una individualización arbitraria del suelo afectado, y, finalmente, decíamos que también era preciso examinar si la instalación a construir podía autorizarse en suelo no urbanizable de acuerdo a la legislación urbanística aplicable, circunstancia especialmente relevante cuando se trata de sistemas que están llamados, por sus propias características intrínsecas, a ubicarse en este tipo de suelo.

El resultado de la aplicación de estos criterios es, qué duda cabe, una ampliación de los supuestos en los que cabe valorar terrenos rústicos como urbanizables que acarrea el efecto indirecto de producir un notable encarecimiento de las obras públicas. Justamente por ello, el legislador intentó corregir esta jurisprudencia mediante la modificación del artículo 25 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del suelo y valoraciones por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, tras ratificar el criterio rector de que la valoración de los sistemas se determina, en todo caso, según la clase de suelo sobre el que se asienten o discurren, dejó claro que sólo se valorarán como suelo urbanizable, en función del aprovechamiento de un determinado ámbito del planteamiento urbanístico, si éste los hubiera expresamente adscrito o incluido en el mismo a los efectos de su obtención a través de los mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas. De lo contrario, se tendrían que valorar como suelo no urbanizable. De este modo, el legislador vuelve al criterio tradicional que había formulado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo con anterioridad al asentamiento del criterio extensivo de “crear ciudad” en los términos que hemos señalado.

En este orden de consideraciones, es de destacar la **STS de 10 de julio de 2007**, Ar. 6695, que, por vez primera, reconoce el significativo efecto de este cambio normativo en la jurisprudencia sobre valoración de sistemas que “crean ciudad” que, como consecuencia de la aludida reforma legal, habrá de ser abandonada (pese a que la sentencia sigue aplicando el criterio “crear ciudad” en función del momento en que se produce la valoración, que en el caso de autos es anterior a la entrada en vigor de la Ley 53/2002).

Finalmente, cabe señalar que la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, ha dado un nuevo giro significativo a esta cuestión, pues la regulación de las dos situaciones básicas del suelo (“rural” y “urbanizado”) que responden netamente al criterio de la facticidad o estado real del suelo, hace obligado, de un lado, considerar incluida en una de tales situaciones todo tipo de suelo (artículo 12.1), particularmente los destinados a sistemas que, con independencia

de su clasificación y de su adscripción o no a los efectos de su obtención sistemática o asistemática estarán siempre en una de esas dos situaciones (cuando hasta ahora el planificador podía excluirlos de la clasificación urbanística); y, de otro, supone la inclusión generalizada de los sistemas en la situación de suelo “rural” a los efectos de su valoración con independencia de cual sea su clasificación urbanística conforme a las distintas categorías establecidas por el legislador autonómico. Esta última circunstancia, unida a la valoración del suelo en situación rural por el método de capitalización de rentas reales o potenciales del suelo (artículo 22) va a suponer, sin duda, un abaratamiento considerable de la obtención de terrenos destinados a sistemas y de las obras públicas en general.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Improcedencia de aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 del CC al ejercicio del derecho de reversión una vez que han transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien expropiado sin que se hubiera iniciado la ejecución de la obra o la implantación del servicio

Como es sabido, la redacción dada al artículo 54.3 de la LEF por la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación dispuso, en lo que atañe a los plazos para el ejercicio del derecho de reversión, una regla general para el caso de notificación por la Administración a los interesados del exceso de la expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiados o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio, señalando al efecto el plazo de tres meses desde dicha notificación para ejercitar el derecho de reversión. En caso en que no medie la referida notificación se establecen, a renglón seguido, una serie de reglas específicas para los distintos supuestos de reversión. Así, en los supuestos de exceso de expropiación o de desafectación se fija un término de 20 años desde la toma de posesión del bien expropiado a partir del cual no cabe la reversión [apdo. a)]; en los casos inexecución de la obra o no establecimiento del servicio es preciso que para ejercer el derecho hayan transcurrido cinco años desde la toma de posesión [apdo. b)]; y, finalmente, la reversión también podrá ejercitarse cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación [apdo. c)].

Ha de notarse que en el caso de inexecución de la obra o no establecimiento del servicio la Ley se limita a fijar el *dies a quo* inicial para el ejercicio del derecho, pero no establece un término final o *dies ad quem*, por lo que cabría preguntarse si el ejercicio del derecho está o no condicionado en estos casos al plazo de prescripción de acciones que establece el CC. Ésta es la cuestión que aborda la STS de 3 de julio de 2007 Ar. 3677, que resuelve el recurso de casación deducido contra la STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de marzo de 2004, Ar. 135572, en la que se estimaba una pretensión reversional rechazando el argumento esgrimido por el Abogado del Estado consistente, precisamente, en la prescripción del derecho por aplicación del límite temporal de 15 años para el ejercicio de acciones personales que establece el artículo 1954 del CC.

VIII. Expropiación Forzosa

Rechaza igualmente el Tribunal Supremo el argumento de la caducidad de la acción afirmando que

“Desde estas consideraciones el motivo de casación, en los términos que se plantea, no puede prosperar, ya que no cuestionándose la apreciación de la instancia de que se trata de un supuesto de reversión por falta de ejecución de la obra o no establecimiento del servicio y que no se produjo notificación alguna al respecto a los interesados, es claro que el plazo para ejercitar el derecho de reversión comenzaba transcurridos cinco años desde la toma de posesión de la parcela en 1972 y no se establece en la Ley plazo de prescripción o caducidad del derecho, sin que resulte aplicable, como pretende el Abogado del Estado, el plazo de quince años que con carácter general establece el artículo 1964 del Código Civil para la prescripción de las acciones personales, pues tal planteamiento va en contra de una consolidada jurisprudencia en contrario, elaborada en relación con la regulación del derecho de reversión anterior a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, pero perfectamente aplicable al caso al concurrir las mismas razones al efecto, es decir, la falta de previsión por el legislador de un plazo para ejercitar el derecho de reversión, que en la nueva normativa se mantiene únicamente para el supuesto de inejecución de la obra o no establecimiento del servicio.”

Seguidamente, la sentencia glosa los pronunciamientos más señalados de esa consolidada jurisprudencia a la que se refiere el fundamento transcrito y que sostiene, en suma, que el régimen civil de la prescripción no es aplicable al ejercicio del derecho de reversión. Cabe afirmar, por ello, que esta interpretación jurisprudencial valora de forma distinta los supuestos en los que el fin de la expropiación se ha cumplido, en cuyo caso entiende que el transcurso del tiempo puede llegar a consolidar la privación del bien o derecho expropiados haciéndola irreversible, como sucede en los supuestos contemplados en el apdo. a) del artículo 54.3 de la LEF; mientras que, como ocurre en los supuestos comprendidos en el apdo. b) del citado precepto, de no cumplirse el fin de la expropiación a la que se destinaba el bien ésta pierde su justificación y permite la recuperación por su primitivo dueño sin ninguna limitación temporal. Y, como la propia sentencia advierte a mayor abundamiento,

“no se diga que con el sistema vigente la facultad de revertir queda a la omnimoda libertad de los expropiados o sus causahabientes, con la consiguiente indefinición con respecto a la titularidad y destino del bien sujeto a retrocesión, pues está en manos de la Administración poner fin a tal estado de cosas mediante la notificación directa a aquéllos de la inejecución de la obra, para así emplazarlos a que insten la reversión en el plazo [legalmente establecido], después del cual sin ejercitar su derecho éste habrá decaído y no podrá ya ejercitarse”.

B) Requisitos legales para el ejercicio del derecho de reversión en calidad de causahabiente: prueba de la condición hereditaria

El artículo 54 de la LEF habilita a los causahabientes del primitivo dueño a ejercer el derecho de reversión en los términos que reiteran los artículos 64, 65 y 67 del REF. También ha de tenerse en cuenta, en este orden de consideraciones, que el artículo 7 del REF permite la

subrogación en el expediente expropiatorio de los herederos o legatarios beneficiarios de una transmisión *mortis causa*. Sin embargo, ninguno de estos preceptos especifica el modo en que ha de acreditarse dicha condición, por lo que serían en este punto aplicables las previsiones del Código Civil. Según el artículo 661 de éste, los herederos suceden al difunto en sus derechos y obligaciones por el solo hecho de su muerte, momento en el que se produce la transmisión siguiendo lo prevenido en el artículo 667. No obstante, el artículo 658 exige que la sucesión se difiera por la voluntad expresamente manifestada en testamento (sucesión testamentaria) y, a falta de éste, por disposición de la Ley (sucesión legítima).

Atendiendo a estas previsiones, la **STS de 4 de julio de 2007**, Ar. 6615, exige que la condición de causahabiente a los efectos del artículo 54 de la LEF haya de probarse mediante la presentación ante la Administración expropiante del testamento o de la declaración de herederos *ab intestato* en aplicación del principio general de carga de la prueba que sientan los artículos 1214 del CC y 217.1 de la LEC. A falta de dicha prueba, el derecho de reversión deviene improcedente, como, por lo demás, ya había afirmado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Ar. 7329.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Responsabilidad médica. B) Contagio transfusional del virus del SIDA o de la hepatitis C. C) Teoría del margen de tolerancia. D) Concurrencia de causas con el dañado. E) Responsabilidad por las consecuencias de la sequía. F) Responsabilidad por falta de presión del agua que provoca la imposibilidad de extinguir un incendio. **3. Daño indemnizable. Valoración. 4. Acción y procedimiento.** A) Legitimación pasiva: intervención de diversas Administraciones. B) Legitimación pasiva: daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. C) Legitimación pasiva: daños derivados de leyes declaradas inconstitucionales. D) Plazo para ejercitar la acción. **5. Responsabilidad del Poder judicial. Prisión preventiva e inexistencia subjetiva.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta entrega es particularmente extensa, dada el elevado número de pronunciamientos en materia de responsabilidad habidos en el período que abarca, que además, suscitan cuestiones jurídicas de gran relevancia, que permiten un recorrido por muchos de los aspectos del sistema de responsabilidad de los poderes públicos. Una vez más, el mayor porcentaje de asuntos se refiere a responsabilidad por daños derivados de la actuación del servicio público sanitario.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD**A) Responsabilidad médica**

Una vez, han sido mayoritarias en el período de esta crónica las sentencias que tienen como origen daños producidos en relación con la asistencia sanitaria pública y que, como es habitual y hemos notado en múltiples entregas anteriores de esta crónica, apuntan en la línea de flotación del sistema, esto es, su carácter teóricamente objetivo. Así, claramente produce ese impacto la aplicación del concepto de la *lex artis ad hoc*, una figura esta que introduce una corrección al sistema objetivo de tal calibre que en puridad lo transforma en un régimen culpabilístico. La *lex artis* es el parámetro de la actuación diligente, el paradigma de la actuación correcta. La actividad realizada en ese nivel de diligencia excluye la responsabilidad y, por tanto, el funcionamiento “normal” como posible evento generador de indemnización. Claro es

que esto socava las bases de la responsabilidad objetiva. En el ámbito sanitario quizás las cosas no puedan ser de otra manera, pues siendo tan azarosa la consecución de un buen resultado, o sea, la curación del enfermo, lo que cabe exigir de la Administración es la buena actividad, o sea, el despliegue de los medios adecuados para atajar la enfermedad. Pero lo que sí es exigible es que se extremen las cautelas para que el recurso al argumento de la *lex artis ad hoc* no se desorbite. En este sentido, acierta la jurisprudencia al declarar que la *lex artis* comporta la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un *paciente concreto*. Esta última precisión abona la idea de la relativa validez que a efectos exculpatorios pueden tener los protocolos o estándares objetivos, dado su carácter genérico y, por tanto, su posible despegue de las circunstancias del caso concreto. Estos estándares, cualquiera que sea el ámbito de la actividad administrativa en el que operen, son ciertamente plausibles por cuanto eliminan de entrada zonas de incertidumbre interpretativa, propiciando el acercamiento a la solución justa del caso; pero no se les debe reconocer *a priori* virtualidad para determinar por sí mismos lo que cae dentro o fuera de la responsabilidad administrativa. El estándar que hubiere sido aprobado —lógicamente, por la propia Administración— será indiciario, en un nivel muy notable, de si la actuación ha sido o no correcta, pero nunca podrá ser elevado a la condición de verdad incontrovertible ni permitirá excluir el examen de las circunstancias propias de cada caso concreto.

En términos análogos cabe aludir a la figura del “consentimiento informado”, que no es sino una manifestación de la *lex artis*; por ello introduce en el sistema un nuevo parámetro conectado a una valoración de la diligencia o “normal” funcionamiento del servicio. Este consentimiento informado ejerce, primariamente, una función de garantía para el paciente, pero también tiene una clara vocación exculpatoria de la responsabilidad que es preciso controlar en cada caso: ni el consentimiento obtenido del interesado ha de exonerar de responsabilidad a la Administración en todo supuesto, ni la ausencia de dicho consentimiento hará responsable a aquella como regla. En cualquier caso, lo que interesa patentizar aquí es su connotación culpabilística y, por tanto, la desviación —quizás lógica, pero desviación— que produce en el sistema.

Especial atención merecen las sentencias emitidas por los distintos órdenes jurisdiccionales en relación con la llamada “cláusula del estado de los conocimientos”. Estos daños —desconocidos en el momento de su gestación— derivados de los “riesgos del progreso” invitan a enfrascarse en jugosas reflexiones que sin embargo no podemos realizar aquí. Conectando directamente con la jurisprudencia habida al respecto, la cuestión que se plantea es la siguiente: si el régimen de la responsabilidad administrativa, por cuanto es objetivo, debe absorber los daños producidos por riesgos desconocidos, a título de caso fortuito; si tales riesgos y daños son incardinables en el concepto de fuerza mayor, por irresistibles e idealmente externos a la esfera del servicio público (tesis ésta ya abandonada por la jurisprudencia); o si se trata realmente de daños no antijurídicos que, por tanto, quedan fuera del sistema, tesis que parece estar ya consolidada.

Se esté o no conforme con esta última solución, lo que sí cabe hacer en todo caso es un llamamiento para que la aplicación de esta cláusula se circunscriba sólo a aquellos supuestos, siempre excepcionales, en los que la ignorancia del daño que se infligió era absolutamente imposible de vencer según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes.

IX. Responsabilidad Administrativa

De ningún modo cabe salirse de ese círculo, utilizando la cláusula para resolver cómodamente “asuntos corrientes” —como se advierte en alguna Sentencia— pues ello abre una enorme fisura en la garantía de la responsabilidad patrimonial que no tiene en la Ley ninguna cobertura.

En este período, expresan la necesidad de acreditar una desviación de la *lex artis* —incluida la obligación de obtener el consentimiento informado— y con ello, el carácter culpabilístico de la responsabilidad sanitaria, y descartan la indemnización al no haberse acreditado una desviación tal las SSTs de 28 de marzo de 2007, Ar. 3680; de 12 de abril de 2007, Ar. 3682; de 26 de junio de 2007, Ar. 3696; de 28 de junio de 2007, Ar. 3698; de 20 de junio de 2007, Ar. 3747; de 13 de junio de 2007, Ar. 3810; de 13 de junio de 2007, Ar. 3811; de 21 de junio de 2007, Ar. 3814; de 3 de julio de 2007, Ar. 4992; de 30 de mayo de 2007, Ar. 5057. Por el contrario, concede indemnización la STS de 25 de junio de 2007, Ar. 3815, que deriva el daño de necesaria amputación de una pierna en un retraso de siete días en su tratamiento tras una actuación quirúrgica. En todos estos casos, respeta la apreciación de los tribunales de instancia.

Junto a estos pronunciamientos de la responsabilidad, nos parecen destacables los siguientes:

— La detallada STS de 10 de mayo de 2007, Ar. 3403, analiza la reclamación de los padres de un niño que nace con una tara genética heredada de la madre. Ésta, cuando supo que se había quedado embarazada, la dio a conocer a la Administración sanitaria, pidiéndole que le hicieran pruebas en los centros de referencia para detectar si el hijo estaría afectado por dicha tara (con una probabilidad médica del cincuenta por ciento) y en su caso ejercitar su derecho a la interrupción del embarazo. La prueba dio resultado negativo y se trató como un embarazo normal, pero el niño nació con la referida tara. El Tribunal Supremo, contra la sentencia de instancia, que aplicó la cláusula del estado de los conocimientos, tiene en cuenta que en la fecha en que ocurrieron los hechos ya se había puesto de manifiesto en los medios científicos acreditados la posibilidad de diagnósticos erróneos y aconsejado la realización de dos pruebas diferentes. Y que, en el caso concreto, además, la que se llevó a cabo no se pudo realizar de forma idónea por insuficiencia de la muestra obtenida. De nada de ello fue informada la madre, lo que determina una mala praxis médica y la obligación de indemnizar, que fija en una cuantía de 120.202,42 euros por frustración del derecho de autodeterminación personal, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y el hecho de que el menor esté asintomático en el presente, a salvo el derecho a indemnización que pueda reclamar el menor si en el futuro se produce una evolución que se plasme en cualquier patología derivada de la tara genética. La sentencia, además, sale al paso de la interpretación de que en estos casos corresponda acreditar al paciente que habría ejercido su derecho a la interrupción del embarazo; la prueba indubitada en contrario corresponde a la Administración.

— La STS de 12 de julio de 2007, Ar. 4993, analiza el caso de una persona, aquejada de una patología crónica de úlcera gastroduodenal, diabetes e hipertensión, que acude a Urgencias donde se le administra medicación y se le remite a control al día siguiente. No obstante, ante el agravamiento de los síntomas, acude de madrugada a Urgencias, donde es ingresado en la UCI pero fallece de infarto de miocardio. La sentencia de instancia considera que, a la vista del informe médico, no se ha acreditado una incorrecta praxis médica, por desconocerse si el médico de atención primaria que lo atendió en la primera visita a Urgencias fue advertido de los antecedentes del paciente y que, ante la sintomatología relatada y sin conocimiento de és-

tos, se procedió como indican los protocolos médicos. El Tribunal Supremo, por el contrario, estima que una valoración médica conforme a las reglas de la sana crítica lleva a considerar que hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, que, con independencia de cuales hubiesen sido los resultados finales del tratamiento al que hubiera debido someterse, le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber, como manifestaba igualmente el informe médico, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, que valora en veinte millones de pesetas. Se formula voto particular por el Magistrado Puente Prieto, que considera que se debería haber decretado la retroacción del procedimiento, practicando la prueba pericial solicitada por el reclamante, para acreditar la existencia o no de informes en los servicios sanitarios y en la historia clínica en que se reflejaban los antecedentes médicos del fallecido, determinantes de la corrección o no del tratamiento dispensado.

B) Contagio transfusional del virus del SIDA o de la hepatitis C

La Ley 4/1999 incorporó al artículo 141.1 LRJAP-PAC la llamada “cláusula del estado de los conocimientos”, conforme a la cual: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

El origen de esta regulación, con independencia de su alcance general, estuvo en la necesidad de dar una respuesta jurídica a la problemática de los contagios del virus del SIDA y la hepatitis C a través de transfusiones realizadas en hospitales públicos antes de la existencia de reactivos que permitieran testar las unidades de plasma. Estos supuestos comenzaban a generar toda una serie de demandas de responsabilidad que habían encontrado respuestas diversas en la jurisprudencia. Téngase en cuenta la dificultad del razonamiento jurídico en clave de responsabilidad objetiva a que obligan. En efecto, de una parte, en una concepción pura de un sistema objetivo, y dado que las transfusiones se realizaron en hospitales públicos, la relación de causalidad resulta meridiana. Pero, de otra, se plantea si no resulta una contradicción declarar a la Administración responsable de unos daños cuya producción era imprevisible, en tanto se desconocía la propia existencia de los virus, e inevitable, hasta que fueron desarrollados los primeros reactivos. Añádase, además, que el trasfondo es el de centenas de tragedias personales, en muchos casos fallecimientos tras enfermedades penosas y socialmente estigmatizadas.

El legislador de 1999 decidió excluir estos casos del ámbito de la responsabilidad, precisando que su compensación ha de venir, en su caso, de la mano de las previsiones de ayudas legislativas. Esto es, de la solidaridad y no de la responsabilidad. Y, en efecto, el legislador aprobó leyes compensatorias. No obstante, incurrió en una contradicción, influido por el dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998, ya que en la Exposición de Motivos aludía a que dicha cláusula supone una matización de los supuestos de fuerza mayor, mientras que en

IX. Responsabilidad Administrativa

el texto del artículo 141.1 LRJAP-PAC, la “cláusula del estado de los conocimientos” quedaba asociada a la noción de “antijuridicidad” y de “obligación de soportar el daño”.

La introducción de esta cláusula ha sido objeto de valoraciones diversas, desde los que la contemplan como “un paso adelante en la definición del sistema”, hasta los que tachan la reforma como “el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”. No es éste lugar para terciar en esta polémica doctrinal, sino de dar cuenta de cómo ha sido acogida y aplicada, hoy uniformemente, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cómo ha interpretado su alcance. Valga insistir en que esta importante cláusula es aplicable a cualquier supuesto de daños por los llamados “riesgos del desarrollo” aunque ha sido el ámbito sanitario el que ha ofrecido a la figura su banco de pruebas.

Los casos de contagios en hospitales públicos por vía transfusional de virus desconocidos en el momento de la transmisión (en concreto, y en la jurisprudencia reciente, los del SIDA y la hepatitis C) vienen a suscitar, básicamente, las mismas cuestiones. En primer lugar, para la determinación del *dies a quo*, ha de entenderse como un supuesto de daños continuados, en la medida en que se trata de patologías degenerativas que impiden considerar que los daños se encuentran estabilizados. No se toma en cuenta, pues, la fecha del diagnóstico. En segundo lugar, la jurisdicción administrativa entiende, con el respaldo en la previsión específica de la llamada “cláusula del estado de los conocimientos” del artículo 141.1 LRJAP-PAC (tras su modificación por Ley 4/1999), que no concurre la nota del daño antijurídico cuando el contagio tiene lugar en fecha anterior a la comercialización a nivel mundial de marcadores o reactivos que permitan detectar la presencia del virus en el plasma sanguíneo objeto de transfusión. Obsérvese que es ésa la fecha que se toma de referencia y no, pues, las anteriores referidas a las primeras noticias científicas acerca de la existencia del virus, a la de su aislamiento, o a la de desarrollo a nivel experimental pero no comercial de las primeras técnicas de detección, pero tampoco la posterior de la previsión normativa sobre obligatoriedad de dichas pruebas. La acreditación de esta fecha corresponde a la Administración, salvo en los casos en que es notoria. Acerca de este dato fáctico, no obstante, pueden encontrarse discrepancias en la jurisprudencia. Puede afirmarse, como criterio más generalmente aceptado, que la fecha a tomar en consideración en el caso de contagio del virus del SIDA se sitúa en 1985. En el caso de la hepatitis C, el Tribunal Supremo sitúa la fecha entre finales de 1989 y enero de 1990.

En el período considerado, podemos destacar las siguientes sentencias:

– Dos ejemplos de exclusión de la responsabilidad por aplicación de la cláusula del estado de los conocimientos los encontramos, en primer lugar, en la **STS de 23 de mayo de 2007**, Ar. 3808, en que la donación a la que se imputa el contagio de la hepatitis C tuvo lugar en 1985, lo que determina la exclusión de responsabilidad. En segundo lugar, en la **STS de 13 de julio de 2007**, Ar. 4781, en que la transfusión que inocular el virus de la hepatitis C tiene lugar en 1983, sentencia que también desestima la alegación de que al menos debió informarse de los riesgos de la transfusión, dado que se trató de una intervención de urgencia sin la cual se hubiera producido el fallecimiento del paciente.

Otros dos casos se sitúan en las fechas límites en cuanto a la pertinencia de aplicar esa cláusula de exención de la responsabilidad. La **STS de 25 de abril de 2007**, Ar. 3532, enjuicia un caso

de contagio del virus de la hepatitis C en octubre de 1989, es decir, en una fecha límite. Considera que el funcionamiento anormal consiste en la no identificación del donante, con independencia de que la transfusión tuviera lugar antes o después de la existencia de reactivos. Para el voto particular que formula el Magistrado Sieira Míguez, el funcionamiento anormal determinante de la responsabilidad no es tal —pues habría que acreditar la causalidad entre la no identificación y el contagio, que no se establece— sino en habersele transferido sangre cuyo donante era drogodependiente, como acreditan las pruebas de laboratorios, contra lo previsto en la normativa médica. Por su parte, la **STS de 25 de abril de 2007**, Ar. 3687, condena a la Administración por prueba presuntiva, lo que es muy común en estos casos: la víctima del SIDA no estaba en un grupo de riesgo y el virus le fue detectado tras unas transfusiones realizadas entre finales de 1985 y 1986, con sangre no testada, esto es, en un período anterior al de su realización obligatoria pero en que ya existían reactivos.

C) Teoría del margen de tolerancia

El sistema de responsabilidad no se comporta, en realidad, como un régimen de responsabilidad objetiva pura, presuntamente desvinculado de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos. Pero es más, aun es cuestionable que pueda hablarse de una responsabilidad objetiva u objetivizada, en el sentido en que se emplea en el resto de los Derechos occidentales, esto es, que atienda al dato “objetivo” de la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa, prescindiendo del dato “subjetivo” de la excusabilidad o no del error jurídico. En efecto, el Tribunal Supremo acoge, no sin frecuencia, la “teoría del margen de tolerancia”, conforme a la cual, cuando la Administración adopta una decisión “compleja”, en un contexto normativo o fáctico que se presta, en principio, a interpretaciones diversas sobre la legalidad o no de su actuación, el dato de que la decisión administrativa sea posteriormente anulada en vía judicial no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial administrativa, y ello pese a que la actuación, nótese, haya causado un perjuicio cierto a un ciudadano. Lo cual, como puede apreciarse, resulta ciertamente llamativo y paradójico (y censurable, añadimos nosotros) en un sistema proclamado como “objetivo puro”.

La teoría del “margen de tolerancia” aparece y reaparece en la jurisprudencia, que unas veces la acoge (como derivada de la necesidad de no hacer condenar a la indemnización por un ejercicio razonable, aunque equivocado, de sus competencias) y otras veces la niega (como consecuencia de la objetividad del sistema, al que repugnan ese género de disquisiciones), si bien parece irse imponiendo su acogida.

La existencia de un margen más o menos amplio de discrecionalidad es un elemento tenido en cuenta en determinados regímenes nacionales de responsabilidad, y, muy especialmente, por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (pudiendo citarse como Sentencias de principios las fundamentales de 25 de mayo de 1978, Rec. p. 1061, sobre responsabilidad de la Comunidad, y de 5 de marzo de 1996, Rec. p. I-1029, sobre responsabilidad de los Estados miembros). Resulta necesario precisar que en dichos ordenamientos el criterio tiene un fundamento lógico por tratarse de regímenes de responsabilidad por culpa o por “ilegalidad caracterizada”. Sin embargo, esta doctrina plantea serias objeciones en el seno de un sistema de responsa-

IX. Responsabilidad Administrativa

bilidad objetiva como el que rige entre nosotros, donde el derecho del sujeto lesionado no debe depender del grado de diligencia de la Administración o de su dificultad para adoptar la decisión adecuada, sino del hecho de sufrir una lesión que no tenga el deber jurídico de soportarla.

En otros casos, se intenta “rizar el rizo” y compatibilizar la toma en consideración de elementos culpabilísticos con un rechazo expreso de la teoría del margen de tolerancia, pues “tal tesis, que pudiese ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 (...)”. Esto es, el sistema es objetivo, luego no puede tomarse en consideración lo “disculpable” del actuar administrativo, lo que sería propio de un sistema basado en la culpa. Ahora bien, sí se indaga lo “razonable” del ejercicio de facultades discrecionales o de la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, si bien que en conexión —en el razonamiento del Tribunal Supremo— no ya con la conducta de la Administración, sino con el concepto de lesión antijurídica.

Esta doctrina resulta digna de reflexión. A pesar del rechazo expreso, las consideraciones acerca de lo “razonable” apenas encubren un juicio sobre lo “excusable” o “negligente” del actuar administrativo. Además, parece un tanto confusa, pues si el ejercicio de una facultad discrecional o la apreciación de un concepto jurídico indeterminado se mueve en los límites de lo razonable, ¿acaso el acto no es, sin más, legal, por lo que el administrado debe en todo caso soportar los daños que puedan derivarse? Aun más, no debe dejar de subrayarse que el Tribunal Supremo rechaza la tesis del margen de tolerancia, si bien admitiendo que “pudiese ser aplicada en casos extremos”.

La **STS de 5 de junio de 2007**, Ar. 4991, es un testimonio de la aplicación de dicha teoría en el período que abarca esta crónica. Se trata de una empresa minera que solicita una autorización para ampliar la extensión de la explotación de una gravera. Se le deniega la autorización por entender que el plan de restauración del medio presentado es insuficiente para la protección del medio ambiente, tras recabar tres informes, uno de los cuales entendía que sí lo era, y los dos restantes aconsejaban la denegación por riesgos para las especies protegidas y el ecosistema. Recurrida la denegación, la empresa obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses, que dio valor al primer informe y entendió que sí quedaba garantizada la restauración del medio. Solicita entonces indemnización por los beneficios dejados de obtener hasta el otorgamiento de la autorización. El tribunal de instancia la deniega con base en la teoría del margen de tolerancia, al entender que sin negar el error de la resolución administrativa, cabe sostener que la Administración pretendió tutelar el medio ambiente y apreció insuficiencia del plan de restauración en sintonía con los informes técnicos. La decisión de la Administración fue inadecuada pero no significativa de una actuación realizada fuera de los márgenes de una discrecional apreciación en orden a la cabal interpretación de las normas y de los valores que subyacen en la regulación de determinadas actividades y, en especial, en la normativa protectora del medio ambiente, lo que determina la ausencia de una lesión antijurídica. El Tribunal Supremo acoge también esta interpretación.

D) Concurrencia de causas con el dañado

La jurisprudencia es constante en la exigencia de un nexo de causalidad adecuada, habiendo superado su anterior teoría de la causalidad inmediata, directa y exclusiva. Ahora bien, ello no quiere decir que la influencia en la producción del daño de otros factores distintos a la

acción u omisión administrativa no tenga influencia alguna. En concreto, la conducta de la propia víctima es uno de los factores que, según el grado de influencia en la producción del daño, puede llegar a romper el nexo de causalidad o, de considerarse concausas, a moderar la cuantía de la indemnización que habrá de satisfacer la Administración.

No son pocos los casos en que, en la producción del daño, concurre un funcionamiento anormal del servicio público y un comportamiento negligente de la víctima. Se trata, entonces, de ponderar si, en aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, el daño ha de imputarse por entero a la Administración (que deberá, entonces, reparar el daño en su integridad), si la concurrencia de causas impone un reparto de la carga indemnizatoria (la Administración abonará sólo la parte del daño asociada a su intervención, lo que lleva, generalmente, que asuma la satisfacción del cincuenta por ciento de su cuantía) o si la conducta negligente del dañado es tal que llega a romper el nexo de causalidad adecuada entre la actuación administrativa y el daño (en cuyo caso, la Administración no responde).

En la mayoría de las ocasiones, la responsabilidad administrativa se anuda a una omisión, lo que plantea cuestiones siempre complejas en torno a la determinación, en cada caso, de la existencia o no de un nexo causal. El juez administrativo viene a indagar en estos casos si concurre una obligación de evitar el daño y un elemento de anormalidad, pues, de otro modo, resulta conceptualmente imposible imputar el daño a la Administración. Todo ello conecta con la búsqueda de un “canon de diligencia” que no es sino un asidero de corte culpabilístico.

Tras un seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia, nos atrevemos a apuntar (en línea de tendencia, desde luego, y no como regla sin excepciones), que los tribunales contencioso-administrativos son proclives a imputar la causalidad, por entero o, en ocasiones, compartida, a la Administración, siempre que hay un elemento de anormalidad en el servicio (a veces no muy evidente), y ello incluso en los casos en que el comportamiento de la víctima ha contribuido de forma manifiesta y decisiva a la producción del daño. En estos casos, se decreta el reparto de la obligación de indemnizar, en diversas proporciones, según el caso concreto, teniendo para ello una libertad estimativa muy amplia, como reconoce el propio Tribunal Supremo.

En definitiva, la jurisprudencia pone de relieve dos datos. De una parte, que el Tribunal Supremo exige un estándar muy elevado de diligencia administrativa, de forma que, en el momento en que identifica una insuficiencia en la obligación de evitar riesgos (esto es, un elemento de anormalidad), afirma la existencia de nexo causal, a pesar de que la víctima haya contribuido decisivamente a la producción del daño. De otra, que la valoración *ad casum* de cuándo ha de moderarse la indemnización y cuándo, por el contrario, la Administración ha de responder íntegramente implica, necesariamente, un juicio muy apegado al *factum* de cada asunto –no hay en esta materia dos supuestos iguales– en los que concurren datos y circunstancias particulares (de tipo personal, de tiempo, de lugar, etc.) que abocan a soluciones en las que subyace de forma notable el juego de la discrecionalidad.

Este género de asuntos conlleva en la mayoría de los casos complejas disquisiciones sobre el grado de causalidad atribuible, respectivamente, a la actuación de la Administración y de la víctima,

IX. Responsabilidad Administrativa

disquisiciones en las que de forma no confesada, aunque latente y perceptible, suele aflorar el criterio de la culpabilidad como elemento de medida del comportamiento de cada parte, perspectiva que no obstante ha de quedar oculta y proscriba —a veces es exhibida de forma paladina— en cuanto extraña al sistema de responsabilidad objetiva en el que el nexo de causalidad ha de soportar el peso conceptual y técnico para determinar la indemnizabilidad de los daños.

Una serie de supuestos son característicos de este tipo de daños, a menudo de carácter físico: la participación en festejos taurinos o pirotécnicos, tan arraigados en España; los accidentes en calles, carreteras, ríos o playas; la participación en manifestaciones y algaradas disueltas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; los atropellamientos por ferrocarriles; el suicidio de reclusos o internos en psiquiátricos; los accidentes de escolares, etc., son algunos de los que con más frecuencia pueblan los repertorios de jurisprudencia.

En el período que abarca esta crónica, destacamos varios pronunciamientos:

— La **STS de 3 de mayo de 2007**, Ar. 3402, analiza la reclamación de los familiares de una persona que se sentó en un muro del paseo marítimo de una localidad, en una baldosa que se desprendió, lo que supuso su caída y fallecimiento. El Tribunal Supremo, al igual que el tribunal de instancia, considera acreditado el defectuoso mantenimiento del paseo, y aunque reconoce que el fallecido se sentó en un sitio no habilitado para ello declara la obligación de la Administración de reparar la integridad del perjuicio.

— La **STS de 19 de junio de 2007**, Ar. 3813, enjuicia la reclamación de los padres de una guardia civil destinada en el País Vasco que se suicida en el cuartel con su arma reglamentaria. Alegan que las reiteradas bajas por enfermedad debidas a accidentes de tipo físico, la imposición de sanción disciplinaria de siete días de arresto disciplinario y la incoación de expediente disciplinario por “dejar de prestar servicio amparándose en una supuesta enfermedad”, unidas a los testimonios recabados de personas de su entorno sobre su estado de ánimo depresivo, dibujan un retrato de funcionamiento anormal de la Administración, que debió detectar e interpretar estos síntomas y someterla a revisión médica. El Tribunal de instancia desestima esta argumentación y el Tribunal Supremo ratifica esta solución y entiende que no cabe desvirtuar los hechos probados en la instancia en ausencia de error manifiesto de apreciación. La sentencia cuenta, sin embargo, con el voto particular de la Magistrada Robles Fernández, que considera que los hechos descritos, que da por probados, ponen de relieve un funcionamiento anormal, esto es, llevan a una apreciación diferente de la existencia de nexo causal, en concurrencia con la actuación de la propia víctima.

— La **STS de 26 de abril de 2007**, Ar. 3688, tiene como presupuesto la inundación de una gasolinera que obliga a varios meses de inactividad y que es imputada por su titular a la construcción de una autovía sin las necesarias medidas de drenaje. El Tribunal Supremo, contra lo afirmado por la instancia, reconoce que existe un deber de policía general para la prevención de inundaciones.

“En la determinación que ha de efectuarse acerca del alcance de las obligaciones administrativas de prevención de inundaciones por desbordamiento de cauces o circunstancias análogas, es preciso, dada la cuidadosa valoración que es menester hacer, prestar especial

atención a la jurisprudencia de este Tribunal, no sólo en cuanto a los grandes principios sentados en materia de responsabilidad, sino también, y especialmente, en cuanto a la ponderación de los distintos casos planteados, en los que se realiza el examen y se analizan las consecuencias de las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos.

Dicho estudio conduce a la conclusión de que la jurisprudencia reconoce la responsabilidad de la Administración no sólo en los casos en que la inundación o el desbordamiento es originado por una actividad administrativa positiva o por la omisión unida a la creación de una situación previa de riesgo —en una modalidad que podría caracterizarse como equivalente a la comisión por omisión—, sino también en los casos en que se incumple de modo omisivo puro el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que discurren por los cauces naturales. Solamente se reconocen como excepciones, en uno y otro supuestos, los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo, que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la ley.

Las sentencias que cita el abogado del Estado se refieren a casos en que efectivamente se consideró exonerada a la Administración, pero lo fue por razón de que la inundación tuvo su causa en lluvias de carácter torrencial. Junto a los pronunciamientos jurisprudenciales que cita el abogado del Estado, no es difícil descubrir otros muy similares en los que, por no apreciarse que las lluvias fueran torrenciales, se declara la responsabilidad de los poderes públicos.

El deber de responder en el supuesto de desbordamiento de un cauce en circunstancias climáticas normales como consecuencia del incumplimiento de la Administración de mantenerlo en debidas condiciones o de evitar la actuación de terceros que puedan suponer un obstáculo al curso de las aguas no se manifiesta sólo, como primordialmente se ha discutido en el proceso y entiende la sentencia recurrida, en la elaboración y ejecución de planes, sino también, y de modo quizá menos característico, pero más continuo, directo e inmediato, en la función de policía de aguas que corresponde a la Administración.”

En el caso de autos, tiene en cuenta que de los informes obrantes se deduce que la gasolinera se situaba dentro de los terrenos del cauce natural de un río en zona encharcable, habiéndose autorizado precisamente la construcción de la gasolinera subordinándola a unas exigencias concretas que permitiesen evacuar las aguas de lluvia, conocidas por el reclamante, por lo que la Administración no es responsable de los perjuicios sufridos.

— La STS de 24 de abril de 2007, Ar. 3686, analiza la reclamación de un recluta que durante la instrucción en la legión recibe malos tratos físicos de sus superiores, por los que éstos son condenados penalmente. No se trata exactamente de una concurrencia de causas, sino de deslindar qué daño es imputable a la Administración y cuál no. En concepto de responsabilidad civil derivada del delito y de indemnización específica por aplicación del Real Decreto 1234/1990 recibe una cantidad, que el Tribunal de instancia, así como el Tribunal Supremo consideran suficiente para paliar el daño moral. Por el contrario, ni uno ni otro aceptan el argumento según el cual la incapacidad permanente absoluta y la minusvalía del 85 por 100 declaradas por

IX. Responsabilidad Administrativa

el Tribunal Psiquiátrico Militar pueden anudarse a los malos tratos recibidos, sino que tienen causas endógenas, relacionadas con su drogadicción, su personalidad *border-line*, su epilepsia y su entorno familiar desfavorecido.

E) Responsabilidad por las consecuencias de la sequía

Dos sentencias de días consecutivos analizan la posible responsabilidad de la Administración por su gestión en situaciones de sequía.

La primera es la STS de 17 de abril de 2007, Ar. 3683, que tiene como trasfondo las consecuencias de la no facturación de agua para abastecimiento por una situación de sequía extraordinaria. El Tribunal Supremo, al igual que el Tribunal de instancia, considera que se llevó a cabo una gestión adecuada del servicio por el organismo de cuenca, que incluyó una mejora de las infraestructuras. A este funcionamiento normal que excluye la responsabilidad se le añade, como argumento *ad abundantiam*, la consideración del supuesto como fuerza mayor.

La segunda es la STS de 18 de abril de 2007, Ar. 3684, que, por el contrario, establece la obligación de la Administración autonómica andaluza por su deficiente gestión durante la sequía, que motivó que las aves que encuentran refugio en el Parque Nacional de Doñana, en ausencia de alimentación alternativa prevista por los responsables del Parque a la que encuentran normalmente en los humedales, desecados en tiempos de sequía, invadieran los cultivos vecinos, arruinando parte de las cosechas.

F) Responsabilidad por falta de presión del agua que provoca la imposibilidad de extinguir un incendio

La STS de 30 de mayo de 2007, Ar. 3694, establece la responsabilidad municipal por los daños causados por un incendio provocado involuntariamente por los trabajadores de una empresa, que no pudieron ser sofocados por falta de presión del agua, esto es, por el funcionamiento anormal del servicio. La indemnización no se extiende a los daños iniciales, sino a los correspondientes al desarrollo ulterior del incendio —con la imaginable dificultad de deslindar unos y otros—.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. VALORACIÓN

Como bien conoce el lector habitual de estas crónicas, la valoración del daño tiene un elevado componente subjetivo, que lleva al Tribunal Supremo como norma general a respetar la apreciación del Tribunal de instancia, salvo caso de error manifiesto. Muestras en este período las encontramos en la STS de 27 de junio de 2007, Ar. 3697, o en la STS de 12 de junio de 2007, Ar. 3809. Esta última distingue la valoración del daño, que es una cuestión de hecho que corresponde a la instancia y que ha de respetarse salvo que resulte irracional o arbitraria, y la inclusión de todos los perjuicios sufridos, que si no se lleva a cabo sí debe ser integrada por el Tribunal Supremo. En este caso, se trataba de un accidente sufrido por un militar. El Tribunal de instancia consideró que el daño patrimonial estaba resarcido por la pensión extraordinaria que se le había concedido por el mismo importe del salario que venía cobrando, y fijó un daño moral por las secuelas de 48.000 euros, pero omitió valorar el daño moral por

el período de curación, que es el que añade el Tribunal Supremo por una cuantía de 12.000 euros, reafirmando por lo demás el carácter meramente orientativo a los efectos de la responsabilidad extracontractual de la Administración del baremo establecido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, para los casos de accidentes con vehículos a motor. Al respecto, cabe reseñar que en la **STS de 27 de junio de 2007**, Ar. 3934, tanto el reclamante como la Administración se mostraban conformes a la hora de acudir a dicho baremo para la fijación de la cuantía, discrepando tan sólo en su cabal aplicación, lo que lleva al Tribunal Supremo a dar por buena su aplicación al caso y proceder al cálculo del montante derivado de su correcta aplicación.

Por otra parte, cuando la Administración se limita a cuestionar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad (imputabilidad, causalidad o antijuridicidad), sin entrar a disputar la cuantía del daño, en caso de que se aprecie que concurren aquéllos, la jurisprudencia tiende a dar por buena la valoración de los daños efectuada por el reclamante, salvo que resulte manifiestamente desproporcionada. La **STS de 29 de mayo de 2007**, Ar. 3692, casa una sentencia que tras invocar esta jurisprudencia según la cual en los casos en que la Administración no discute la cuantía del daño reclamado —daños físicos sufridos durante el servicio militar, en este caso— debe darse por buena la cuantificación realizada por el recurrente salvo que sea manifiestamente improcedente, y fija sin la menor explicación una cuantía de 300.000 pesetas frente a los 75.000.000 de pesetas reclamados. El Tribunal Supremo aprecia incongruencia omisiva y procede él mismo a fijar la cuantía teniendo en cuenta las circunstancias del caso y teniendo en cuenta para rebajar la cuantía solicitada la pensión extraordinaria concedida, fijando un montante total de 12.000 euros.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación pasiva: intervención de diversas Administraciones

En ocasiones, intervienen varias Administraciones en la producción del daño. El artículo 140 LRJAP-PAC, inspirado en una regla de elaboración jurisprudencial, ha establecido en estos casos el principio de solidaridad, como regla general, cuando el daño deriva de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas (que podríamos denominar como “concurrency organizada”), mientras que en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño —los más frecuentes, por cierto— la responsabilidad se fija para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, siendo solidaria cuando no sea posible dicha determinación. Como puede intuirse, la dificultad estriba en la mayoría de los casos en identificar cuál es la Administración señalada como responsable, en supuestos complejos. Esta distinción de regímenes tiene como origen la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

— La **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 3750, analiza el siguiente supuesto: una expropiación llevada a cabo por un Ayuntamiento para la ejecución de una obra proyectada y realizada por

el Ministerio de Fomento. Una vez ejecutada la obra el propietario del terreno advirtió que se había ocupado una superficie mayor de terreno de la incluida en el expediente expropiatorio y reclamó indemnización del Ayuntamiento, que inadmitió la reclamación al considerar que no había participado en el exceso de ocupación y, por tanto, no era responsable de los perjuicios de él derivados. Demandados en vía judicial tanto el Ayuntamiento como el Ministerio, la sentencia de instancia exculpa al primero y admite la alegación del segundo de falta de reclamación previa preceptiva. El Tribunal Supremo reafirma esta solución. Entiende que no concurre un supuesto de responsabilidad solidaria, ya que pese a ser una actuación concurrente o coordinada del Ministerio de Fomento y del Ayuntamiento, están suficientemente diferenciadas las actividades de cada Administración, que desarrollan de forma individual y no conjunta, correspondiendo la realización de la obra, tanto en la elaboración del proyecto como en su ejecución, al Ministerio de Fomento, mientras que el Ayuntamiento limita su actuación a proporcionar parte de los terrenos precisos para ello, mediante el correspondiente procedimiento expropiatorio, gestionado de manera individual por él mismo. Por lo demás tal diversidad de actuaciones, en razón de sus competencias, tienen un reflejo material y externo perfectamente apreciable por los administrados, atendiendo a la efectiva intervención de cada Administración de manera individual en cada caso. No se está, por lo tanto, en el caso de la responsabilidad solidaria que se invoca por la recurrente. Ésta debió haber reclamado en todo caso contra el Ministerio, incluso si entendía que estaba ante un supuesto de responsabilidad concurrente. En estos casos, sólo una vez formuladas las correspondientes reclamaciones ante las Administraciones actuantes, entran en funcionamiento las previsiones del artículo 18 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, sobre la determinación de la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento y sobre la consulta a las Administraciones públicas implicadas.

– La STS de 15 de junio de 2007, Sala de lo Civil, Ar. 4670, enjuicia la reclamación de los padres de un adolescente que fallece al ser atropellado por un tren en zona urbana frecuentada próxima a un centro comercial y de ocio. Pese a existir una pasarela elevada, atravesó la vía férrea y fue atropellado por la noche. La sentencia de instancia estima la responsabilidad concurrente de RENFE, dado que pese a que no le fuera legalmente exigible el vallado de todo la vía, sí le es exigible el de los tramos o, al menos, de aquellos en los que se ha constatado previamente un trasiego habitual de personal, como era el caso; del Ayuntamiento, por no ejercer sus competencias generales sobre seguridad de los ciudadanos y policía urbana, para poner fin a esta situación, y de la propia víctima y sus padres, al tratarse de un menor de edad, ante la imprudencia cometida al no utilizar la pasarela.

B) Legitimación pasiva: daños derivados de la ejecución de contratos administrativos

El tema del reparto de responsabilidades extracontractuales por daños entre Administración y contratista ha sido abordado en números anteriores de esta crónica. En los supuestos de responsabilidad por daños provocados por contratistas a terceros, la indemnización corre a cargo del contratista, salvo que el daño sea consecuencia inmediata y directa de una orden de obligado cumplimiento dada por la Administración, y, en los contratos de obras y de suministro de fabricación, cuando sea consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración. Así lo dispone hoy el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, acogiendo la solución prevista en el artículo 134.3

del Reglamento General de Contratos del Estado de 1975, que, a su vez, la había tomado de lo dispuesto en el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa respecto a la responsabilidad del concesionario. Tanto el artículo 123 LEF como el 134.3 RGCE establecían el mismo procedimiento. El particular debía dirigirse a la Administración reclamando indemnización. Ésta había de pronunciarse sobre el sujeto imputable y sobre la procedencia de la indemnización, en función del criterio antes reseñado y aplicando el régimen de responsabilidad objetiva en todo caso. Contra la resolución administrativa, el contratista o el particular, en función de lo decidido por la Administración, podían interponer recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 introdujo una nueva redacción que suscitaba dudas acerca del procedimiento a seguir, al establecer que “Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil” [la cursiva es nuestra]. Nótese que, al emplear el adjetivo “civil” y ser la reclamación aparentemente potestativa (“podrán”), el particular parecía contar con dos opciones: o bien plantear la reclamación y, en el caso de que la Administración estimara que el daño era imputable al contratista, dirigirse contra éste por la vía civil, o bien renunciar a la reclamación previa y dirigirse directamente contra el contratista por esta vía. Esta solución, que parecía derivarse del tenor literal del precepto, no dejaba de plantear una problemática nada desdeñable (desconocimiento por el perjudicado de la causa del daño y, por ello, de la vía pertinente; supuestos de concurrencia de causas; posibilidad de dar origen a sentencias contradictorias, etc.) Ante las dudas planteadas, y en un entendimiento amplio de las facultades de “aclarar y armonizar”, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, suprimió la calificación de “civil” de la acción (aunque no la forma verbal “podrán”), lo que, de alguna manera, parece pudiera interpretarse como una voluntad de reconducir la interpretación del precepto al sentido originario del RGCE ya derogado. No obstante, es de esperar que la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos aclaren estas cuestiones.

En todo caso, hay que destacar una marcada línea “garantista” en la jurisprudencia, que tiende a ampliar, contra la literalidad de la norma, el campo de imputación de la responsabilidad a la Administración (bien en exclusiva, bien solidaria o subsidiariamente), incluso en casos en que, conforme a aquélla, la responsabilidad debiera atribuirse en exclusiva al contratista o concesionario. Para ello acude a diversos razonamientos, en los que subyace, en todo caso, que al ser la Administración la titular de la actividad, debe responder de los daños causados, máxime cuando no se ha demandado (o codemandado) al particular. No obstante, la jurisprudencia parece registrar una tendencia —no sin excepciones— a la aplicación cabal del reparto de responsabilidades establecido por la Ley.

— La STS de 24 de mayo de 2007, Ar. 3691, es una buena muestra de esta tendencia a la reconducción de una jurisprudencia supuestamente garantista. Se trata del daño derivado de roturas en las conducciones de aguas. El Tribunal de instancia había considerado que las roturas se debieron a defectos en la ejecución y/o en los materiales con los que estaban fabricados los tubos, no detectados al no efectuarse pruebas de carga, pero condenó a la Administración

IX. Responsabilidad Administrativa

al entender que le incumbía haber vigilado los materiales empleados en la construcción. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, supone una incorrecta interpretación del artículo 134 del Reglamento de Contratos, teniendo en cuenta que fue la propia empresa la que especificó las características que debían tener los tubos y que la Administración no ordenó ponerlos en servicio sin haber realizado las pruebas de carga. Exculpa, en consecuencia, a la Administración.

– La STS de 22 de mayo de 2007, Ar. 4954, aclara que, en estos casos, cuando el dañado dirige una reclamación a la Administración y ésta no se pronuncia sobre si la responsabilidad corresponde al contratista o a ella misma, sino que la desestima, sin llevar a cabo, pues, el pronunciamiento previo al que se refiere el artículo 98 de la Ley de Contratos, con tal forma de actuar asume la reclamación y no puede posteriormente, en vía judicial, alegar que los daños son imputables al contratista.

C) Legitimación pasiva: daños derivados de leyes declaradas inconstitucionales

La STS de 20 de abril de 2007, Ar. 3685, tiene como presupuesto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 188 del Texto Refundido de 1992 de la Ley del Suelo por la STC 61/1997, que regulaba las transferencias de aprovechamiento. Un afectado reclama contra un Municipio por los daños derivados de su aplicación. El Tribunal Supremo desestima el recurso por cuanto considera que en estos casos la reclamación ha de plantearse, en su caso, ante el Consejo de Ministros por responsabilidad derivada de leyes.

D) Plazo para ejercitar la acción

Son varias las sentencias que en el período considerado versan sobre interesantes aspectos relacionados con el cómputo del plazo para reclamar, esto es, con la interpretación del artículo 142.5 de la Ley 30/1992. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

– En la STS de 28 de febrero de 2007, Ar. 3678, el trasfondo es el nacimiento de un niño con graves taras por supuesta incorrección en la praxis médica. El Tribunal Supremo aclara que el *dies a quo* se establece en la fecha en que quedan establecidos el alcance de la enfermedad y sus secuelas, mientras que los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida del paciente o evitar ulteriores complicaciones en su salud o la progresión de su enfermedad no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten. La terapia de rehabilitación, en un caso como el que da origen a la sentencia, lo es para hacer frente a “daños permanentes y no continuados, porque las lesiones padecidas por la enferma pueden considerarse como definitivas e irreversibles, sin perjuicio, claro está, de que los sucesivos tratamientos pueden mejorar su *modus operandi*.”

– La STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 3679, resuelve el conocido caso del incendio de la sala de fiestas “Scala” de Barcelona como consecuencia del lanzamiento de un cóctel molotov fabricado por un individuo infiltrado por la policía en un grupo subversivo y arrojado por componentes de dicho grupo. Los hechos acaecieron en 1978 y la reclamación se produjo en 1999. El proceso penal a que dieron lugar los hechos finalizó por sentencia firme en 1983. El hecho de que la reclamante no fuera parte en el proceso no obsta para que sea éste el *dies a quo* para el cómputo del plazo, por lo que la acción ha de entenderse prescrita.

– La **SS de 30 de marzo de 2007**, Ar. 3681, enjuicia un caso de anulación de licencias para la rehabilitación de un edificio. En vía judicial se acordó primero la suspensión de las licencias y posteriormente, en 1994, su anulación y la demolición de la obra ilegal. La sentencia fue recurrida pero el demandante desistió a la vista de la aprobación posterior, en 1996, de un Plan Especial que permitió la concesión de una nueva licencia. En este momento la sentencia recurrida devino firme. El Plan Especial y la nueva licencia fueron recurridos en vía judicial, con desestimación que por sentencias de 1998. El 16 de marzo de 1999 el Tribunal Superior de Justicia declaró la inexecución de la sentencia de 1994. El 15 de marzo de 2000 la titular de la licencia de rehabilitación presentó reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos entre 1993 y 1996. Argüía para defender la no prescripción de la acción que si bien los efectos dañosos finalizaron en 1996, no fue hasta el 16 de marzo de 1999 en que se manifestaron o estabilizaron los daños. Sin embargo, para el Tribunal Supremo el *dies a quo* es el de la fecha de la anulación de la licencia en 1996, por lo que estima prescrita la acción.

– La **STS de 13 de junio de 2007**, Ar. 3695, analiza un supuesto de anulación judicial del acuerdo de ampliación de licencias de autotaxi, con posterior Decreto municipal que declara la obligación de devolver las nuevas licencias concedidas, contra el que se formulan nuevos recursos judiciales, esta vez por los beneficiarios de las licencias anuladas, que son inadmitidos. Considera que el *dies a quo* se localiza en este último momento, la fecha del auto de inadmisión del Tribunal Supremo, y no en fechas anteriores.

– La **STS de 9 de mayo de 2007**, Ar. 4953, analiza la reclamación efectuada en 1999 por una persona herida por disparo realizado por un Guardia Civil en 1972. Las secuelas habían quedado determinadas y estabilizadas hacía muchos años y el criterio de la instancia era que no podía atenderse al dato de que la sentencia dictada en Consejo de Guerra por la jurisdicción militar en 1973 no le hubiera sido notificada al reclamante. Por el contrario, el Tribunal Supremo atiende a este argumento para entender la acción como no prescrita.

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA E INEXISTENCIA SUBJETIVA

A menudo resulta difícil discernir cuándo nos hallamos ante una absolución por falta de prueba suficiente, con amparo en el principio de presunción de inocencia, y cuándo ante un auténtico supuesto de inexistencia subjetiva, derivada de la acreditación de la falta de participación del imputado en el delito. Lo más común es la apreciación de la concurrencia del primero de los supuestos, y el consecuente de la reclamación indemnizatoria (en el período considerado, véanse las **SSTS de 23 de mayo de 2007**, Ar. 5393 y de **13 de junio de 2007**, Ar. 5232). En supuestos que podemos calificar de excepcionales, por el contrario, se aprecia la inexistencia subjetiva.

Este último es el caso de la **STS de 6 de junio de 2007**, Ar. 3745, que cuenta con un voto particular. El presupuesto es complejo. Se trata de una persona acusada de tres delitos: falsifi-

IX. Responsabilidad Administrativa

cación y estafa, agresión sexual y violación, que sufre prisión provisional durante algo menos de seis meses, y fue condenado por el primero de ellos y absuelto de los otros dos. El sujeto había sido reconocido por la víctima y se habían hallado sus huellas en el lugar de los hechos, pero posteriores pruebas de ADN descartaron su autoría. A ello se suma que la rueda de reconocimiento había sido irregular, que el sujeto era extranjero y su voz y pronunciación no se correspondían con las del agresor y que había probado que en el momento de los hechos se encontraba en su país. El Tribunal Supremo constata, siguiendo en esto al Tribunal de instancia, que la prisión provisional se había impuesto en consideración a los delitos contra la libertad sexual y, a diferencia de aquél, reconoce asimismo el derecho a indemnización, calculando ésta en una cifra a tanto alzada de 18.000 euros. Formula voto particular la Magistrada Robles Fernández, que considera, como el Tribunal de instancia, que puesto que el auto que decretó la prisión provisional lo hizo por los delitos de falsificación y estafa, agresión sexual y violación, indistintamente, al haberse apreciado la existencia del primero, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Gestión de los recursos humanos. Relación de puestos de trabajo. Exclusión automática e injustificada de la posibilidad de que un grupo de funcionarios ocupen determinados puestos de trabajo. **2. Acceso.** A) Cuerpos docentes universitarios. Es preciso cuantificar la valoración de los ejercicios y debe establecerse un sistema de medias o promedios de la puntuación obtenida en cada uno de ellos. B) Para que pueda acordarse el cese de un funcionario en prácticas por una conducta constitutiva de una infracción muy grave es necesaria la previa tramitación de un expediente disciplinario. C) Proceso de consolidación de empleo. No cabe distinguir entre interinos y sus sustitutos, excluyendo a éstos de la valoración de servicios prestados. D) Significado del cupo reservado a personas con discapacidad. **3. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical. Ampara el nombramiento como Jefe de Departamento de un funcionario liberado sindical. B) Negociación colectiva. a) Es lícita la creación de fondos y planes de pensiones siempre que no superen los límites de crecimiento retributivos anualmente previstos. b) Sólo es posible establecer una jornada semanal distinta de la prevista para la Administración General del Estado si existe identidad en el cómputo anual. C) Derecho de huelga. Resulta vulnerado por el establecimiento de un servicio mínimo de quirófanos programados que alcanza a todos los servicios propios de una jornada habitual. **4. Derechos económicos.** A) La Administración ha de ajustarse a los criterios previamente fijados a la hora de valorar los puestos de trabajo y de fijarlos. B) Complemento de productividad. Procede su abono a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía también en los periodos de baja por enfermedad. C) Complemento de destino. a) También puede ser establecido en los catálogos de puestos que aprueben los Plenos de las Corporaciones Locales. b) Puestos iguales en cuanto a funciones y cometidos a desempeñar, han de tener el mismo complemento de destino. D) Indemnización por acumulación de funciones. La compensación debe cuantificarse en la percepción íntegra de las

retribuciones, excluyendo únicamente el complemento de productividad. **5. Situaciones administrativas. Excedencia forzosa.** El servicio activo en otra Administración del excedente forzoso impide que pueda seguir recibiendo las retribuciones básicas en la Administración de origen. **6. Incompatibilidades.** Las autorizaciones de compatibilidad han de ser concretas, para trabajos y funciones determinadas. **7. Extinción de la relación funcional.** A) Inhabilitación especial. Procede la separación, tanto si la acción se produce en el ejercicio del cargo de funcionario, como con ocasión del ejercicio del empleo del funcionario. B) La jubilación por incapacidad permanente. a) No procede cuando las dolencias no imposibilitan al funcionario de forma total para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala o plaza. b) Debe concederse cuando la situación de baja por enfermedad del actor se ha dilatado más de treinta meses desde la primera de ellas.

1. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. EXCLUSIÓN AUTOMÁTICA E INJUSTIFICADA DE LA POSIBILIDAD DE QUE UN GRUPO DE FUNCIONARIOS OCUPEN DETERMINADOS PUESTOS DE TRABAJO

Tal como afirma la STS de 24 de octubre de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8380, el respeto del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE exige que las relaciones de puestos de trabajo concreten debidamente las razones por las que excluyen al personal perteneciente a ciertos sectores de la provisión de determinados puestos de trabajo.

2. ACCESO

A) Concurso de acceso. Es preciso cuantificar la valoración de los ejercicios y debe establecerse un sistema de medias o promedios de la puntuación obtenida en cada uno de ellos. **Cuerpos Docentes Universitarios. Profesores Titulares**

En los concursos para la provisión de plazas de profesores titulares de Universidad regulados por el RD 1888/1984 la Comisión calificadora de éstos debe cuantificar de forma numérica la valoración otorgada a los méritos aportados por cada uno de los aspirantes. Igualmente, la Comisión calificadora debe determinar previamente la relación de valoración entre cada uno de los ejercicios ya que, de lo contrario, resulta imposible hacer una correcta valoración del segundo ejercicio. La STS de 12 de noviembre de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8396, señala que “la valoración (entendida en sentido restringido de cuantificación numérica del mérito) es 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

X. Función Pública

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 acudirse al sistema de medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas. (...) Es desde esta perspectiva de la puntuación acumulada y de las votaciones a que se refiere el artículo 11.1 del Real Decreto como adquiere su real significado y justificación el informe razonado conjunto a que se refiere el artículo 9.7 del Real Decreto”.

B) Para que pueda acordarse el cese de un funcionario en prácticas por una conducta constitutiva de una infracción muy grave es necesaria la previa tramitación de un expediente disciplinario

En caso de que las bases de la convocatoria prevean la posibilidad de revocar el nombramiento de funcionario en prácticas, con pérdida definitiva del derecho al nombramiento como funcionario de carrera, por la comisión de una infracción muy grave, no cabe resolver la baja del funcionario que ha protagonizado una conducta muy grave, expresiva de un comportamiento incívico, eludiendo la incoación y la tramitación de un expediente disciplinario, pues, tal como advierte la STS de 29 de octubre de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7626, de ese modo se adoptaría de plano una decisión claramente gravosa y con un contenido materialmente sancionador.

C) Proceso de consolidación de empleo. No cabe distinguir entre interinos y sus sustitutos, excluyendo a éstos de la valoración de servicios prestados. Médicos de atención primaria

Si se convocan pruebas selectivas para la consolidación, mediante el procedimiento de concurso-oposición, de plazas de médicos de atención primaria ocupadas interinamente, en la fase de concurso también deben ser valorados los servicios prestados por los sustitutos, aunque las bases de la convocatoria dispongan lo contrario. Ello es así porque, tal como señala la STS de 24 de octubre de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8379, ni la LMRFP ni la LFCE distinguen entre interinos y sustitutos. Esta conclusión se refuerza por la aplicación del principio de igualdad de acceso a la función pública, ya que una vez superada la fase de oposición y acreditada la capacidad necesaria para el acceso, no es razonable que en la fase de concurso se establezcan diferencias sobre los servicios sustancialmente similares prestados por interinos y sustitutos.

D) Significado del cupo reservado a personas con discapacidad

La STS de 18 de octubre de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7487, señala que esta reserva no dispensa a estas personas de superar las pruebas selectivas con la puntuación mínima establecida en la convocatoria para aprobar cada uno de los ejercicios, pero para que dicha reserva sea realmente efectiva es necesario que quienes hayan optado por acceder a través de este cupo no compitan con la totalidad de los aspirantes sino sólo con los que participen en proceso selectivo a través del mencionado cupo de discapacitados.

3. DERECHOS COLECTIVOS

A) Libertad sindical. Amparo el nombramiento como Jefe de Departamento de un funcionario liberado sindical

La STC 257/2007, de 17 de diciembre, ha otorgado el amparo solicitado por el funcionario por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical. El demandante de

amparo, que pertenecía al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y disfrutaba de un permiso sindical a tiempo total, había solicitado su nombramiento como Jefe del Departamento, dado que era el único profesor funcionario de carrera del centro. Ante la denegación presunta de su solicitud interpuso un recurso contencioso-administrativo que fue estimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de León basándose en que “no puede negarse el acceso a un puesto de trabajo que conlleva una mejora y promoción profesional, y retributiva, cuando la única circunstancia para ello es la condición de liberado sindical del funcionario en cuestión, cuando el resto de los méritos llevaría a otorgarle, de no tener esa condición, dicha plaza, pues se trataría de un sacrificio no justificado, pues la eficacia administrativa podría obtenerse por otros mecanismos, cubriendo provisionalmente la misma, mediante los sistemas legalmente previstos”.

La Junta de Castilla y León interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma al considerar que, aunque esta decisión afecta a la indemnidad sindical, pues el interesado gozaba de un permiso sindical a tiempo total, tal sacrificio encuentra justificación en la preservación de la eficacia administrativa, toda vez que el desempeño de la Jefatura de Departamento exige la presencia física en el centro y que la normativa aplicable no permite “acudir a los mecanismos de atribución temporal de funciones o de adscripción a otro puesto”. Finalmente el funcionario interpuso un recurso de amparo contra dicha resolución.

El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo solicitado al considerar que el derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, lo que no sólo repercute en el representante sindical que soporta dicho menoscabo sino que, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales se proyecta asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos. A partir de esta consideración recupera su ya clásica doctrina al respecto al considerar que la libertad sindical necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Entre tales garantías se encuentra, como garantía de indemnidad, “el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores”.

B) Negociación colectiva

a) Es lícita la creación de fondos y planes de pensiones siempre que no superen los límites de crecimiento retributivos anualmente previstos

La STS de 15 de octubre de 2007, RJ 7227, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Albaterra contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que había estimado el recurso contencioso presentado por la Administración autonómica contra el Acuerdo Plenario de dicho Ayuntamiento por el que se aprueban las condiciones laborales

de los funcionarios a su servicio. Dicha sentencia había declarado la nulidad de diversos preceptos del Acuerdo relativos a las aportaciones del Ayuntamiento a planes de pensiones y a determinadas prestaciones sanitarias y ayudas sociales.

Efectivamente, el Acuerdo preveía la creación de un plan de pensión para todos los empleados públicos con aportación soportada íntegramente por la Corporación, sin perjuicio de que el trabajador pudiera realizar voluntariamente aportaciones extraordinarias, conteniendo, por lo demás, una remisión a los presupuestos anuales. El TS concluye finalmente que la previsión de aportaciones del Ayuntamiento al Plan de Pensiones de sus funcionarios no es contraria a derecho, toda vez que, frente a la prohibición que establece la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto Legislativo 781/1986 (y a cuyo tenor las Corporaciones Locales no podrán conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de funcionarios) debe prevalecer la posibilidad de promover y realizar contribuciones a los Planes y Fondos de Pensiones que se contempla en la Disposición Final Segunda de la Ley 9/1987, redactada por la Ley 30/1995, por ser norma de fecha posterior. Por último, en cuanto al reproche de una posible superación de los límites del incremento retributivo establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del ejercicio correspondiente, entiende el Tribunal que el acuerdo ha de ser respetuoso de esos límites. No obstante, en este caso, la previsión de aportaciones del Ayuntamiento al Plan de Pensiones no se materializa en el propio acuerdo municipal impugnado, sino que se difiere hasta la aprobación de los sucesivos presupuestos municipales, siendo estos los que, en su caso, podrían ser impugnados por incurrir en la extralimitación.

Asimismo la Sentencia se pronuncia sobre la legalidad de los puntos del Acuerdo que establecen una serie de prestaciones sanitarias y ayudas sociales a favor de sus empleados, contemplando la posibilidad de que los interesados pertenezcan al régimen de prestación general o a ASISA, un reconocimiento médico anual de carácter voluntario y la disponibilidad de un botiquín de primeros auxilios, como mínimo, en todos los centros de trabajo y vehículos oficiales, así como determinadas ayudas sociales. El Tribunal analiza si dichas medidas integran o no partidas o conceptos retributivos, concluyendo finalmente que este tipo de prestaciones sanitarias y ayudas no tienen carácter retributivo pues no son una contraprestación económica del desempeño profesional sino unas previsiones de carácter asistencial, y, por tanto, no contravienen lo dispuesto en el artículo 153 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en relación con el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

b) Sólo es posible establecer una jornada semanal distinta de la prevista para la Administración General del Estado si existe identidad en el cómputo anual

La STS de 8 de octubre de 2007, RJ 7464, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Cáceres contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había estimado parcialmente el recurso presentado por la Abogacía del Estado contra el Acuerdo de la Diputación con su personal por el que se reducía la jornada laboral de su personal funcionario a 35 horas semanales.

La Diputación planteaba como único motivo del recurso la aplicabilidad, en general, del artículo 94 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, sin entrar a discutir si, en el cómputo anual, que es el contemplado por el indicado precepto, la jornada de treinta y cinco

horas establecida en el Acuerdo anulado es o no inferior a la fijada en la Administración General del Estado. Ello permite al TS desestimar el motivo y reiterar la línea jurisprudencial establecida al respecto (STS de 18 de junio de 2007, entre otras muchas), que de forma reiterada viene manteniendo que este precepto es aplicable a las corporaciones locales y que incluso tiene el carácter de norma básica (STS de 5 de febrero de 1991) por la relación que guarda la jornada con las retribuciones de los funcionarios. El Tribunal, no obstante, señala que la interpretación que se ha dado al artículo 94 no elimina la posibilidad de que, en el cómputo semanal, haya una jornada distinta a la dispuesta para la Administración General del Estado. La identidad a la que se refiere ese precepto es la que debe existir en el cómputo anual.

C) Derecho de huelga. Resulta vulnerado por el establecimiento de un servicio mínimo de quirófanos programados que alcanza a todos los servicios propios de una jornada habitual

La STS de 24 de septiembre de 2007, RJ 7010, ha estimado el recurso de casación interpuesto por Convergencia Estatal de Sindicatos Médicos (CEMS) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana seguida por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. La STSJ había anulado los servicios mínimos relativos a los quirófanos programados en horario de mañana por vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución.

El TS entiende que a la hora de resolver el conflicto de intereses entre el derecho de huelga, de un lado, y el derecho a la salud y la prestación sanitaria, de otro, no cabe ignorar que no todas las intervenciones quirúrgicas programadas son igualmente urgentes, de manera que el establecimiento de un servicio mínimo de quirófanos programados que alcance a todos los servicios propios de una jornada habitual resulta desproporcionado y constituye una vulneración del derecho de huelga. La consideración de “esenciales” debe limitarse exclusivamente a aquellas intervenciones que no pudieran demorarse atendido el riesgo que implicaría en el paciente, toda vez que resulta evidente que las intervenciones no urgentes pueden ser suspendidas, ocasionándose desde luego una molestia en el retraso para los pacientes, que verán postergada su intervención, pero ello no pone en peligro grave su salud, sino que tan sólo supone un trastorno en el normal funcionamiento del servicio, circunstancia inevitable en cualquier tipo de huelga (STS de 25 de julio de 2007).

4. DERECHOS ECONÓMICOS

A) La Administración ha de ajustarse a los criterios previamente fijados a la hora de valorar los puestos de trabajo y de fijarlos

La STS de 8 de octubre de 2007, RJ 7048, ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el funcionario contra la STSJ de Andalucía que había desestimado su pretensión. Se había impugnado la resolución del Pleno del Ayuntamiento de San Fernando por la que se aprobaba la Relación de Puestos de Trabajo. En ella se asignaba a cada uno de ellos la puntuación que, con arreglo a un conjunto de factores preestablecidos, le correspondía y que determinaba la cuantía de sus retribuciones complementarias.

X. Función Pública

El recurrente, arquitecto que ocupaba el puesto de Jefe del Servicio Técnico de Planeamiento y Gestión Urbanística, con el número 370 de dicha Relación, impugnó el citado acuerdo porque entendía que su puesto de trabajo no había sido correctamente valorado en lo relativo al factor de concentración visual en pantalla. De las especificaciones de la propia Relación de Puestos de Trabajo y de la prueba resultaba que la utilización del ordenador era un elemento esencial de esta Jefatura y que quien lo desempeñaba tenía que hacer un uso intenso del ordenador y, por tanto, permanecer durante un tiempo prolongado ante la pantalla. Por ello, entiende el Tribunal que no hay razón para asignarle un nivel inferior al de otras Jefaturas de Servicio ni para negarle la puntuación correspondiente a los puestos que requieren muy alta concentración, es decir, el nivel seis y 160 puntos. En cuanto al factor peligrosidad, es cierto que la Relación de Puestos de Trabajo incluye en el contenido de éste la dirección facultativa de las obras y que eso conlleva la de visitarlas con el riesgo consiguiente. Así, parece procedente considerar esta Jefatura de Servicio Técnico en el nivel 5, es decir, el que contempla un peligro importante pero ocasional y supone 190 puntos por este concepto.

En definitiva, pues, el Ayuntamiento no observó en la valoración del puesto de trabajo del recurrente los criterios a los que sujetó ese proceso en lo relativo a los factores de concentración visual en pantalla y peligrosidad, y ello conduce a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

B) Complemento de productividad. Procede su abono a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía también en los períodos de baja por enfermedad

La STS de 23 de noviembre de 2007, RJ 8145, se ha pronunciado sobre una cuestión relativa a la extensión de la ejecución de sentencias. En concreto, la sentencia cuyos efectos se pretenden extender estimó el recurso que la funcionaria interpuso contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, que por silencio administrativo había desestimado su solicitud sobre reconocimiento del complemento de productividad durante los meses en que había estado de baja por enfermedad. Se reconoce el abono de dicho complemento porque en la Dirección General de la Policía este complemento había adquirido en la práctica un carácter objetivo, es decir, había pasado a ser una retribución periódica y fija que se abonaba con independencia de la prestación efectiva del servicio. Admite la sentencia que en este caso la Administración se había autoimpuesto un determinado régimen jurídico para retribuciones complementarias periódicas, fijas, objetivas y anudadas al desempeño de un puesto de trabajo en el que resultaba de aplicación lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto 315/1964, a cuyo tenor, las enfermedades que impiden el normal desempeño de las funciones darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la STSJ de Castilla y León de 5 de noviembre de 2007, JUR 346132, que ha estimado la pretensión del funcionario recurrente y le ha reconocido su derecho a percibir el complemento de productividad durante el período de tiempo en el que permaneció de baja por enfermedad no acaecida en acto de servicio o con ocasión de éste. La Sala reconoce que dicho complemento no tiene carácter consolidable y, en la medida en que remunera el especial rendimiento o actividad extraordinaria mientras ésta se desempeña, es indudable que no procede durante el período de tiempo en que el funcionario está de baja por incapacidad en la medida en que en estos casos no se desempeñan

de manera efectiva los cometidos propios de su puesto de trabajo. Ahora bien, al margen de estas circunstancias, la Sala tiene en cuenta la línea jurisprudencial apuntada al respecto por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 15 de febrero de 1999 a la hora de apuntar la solución. Se tiene en cuenta como un factor relevante la propia regulación que la Administración demandada ha realizado de este complemento, desnaturalizándolo hasta convertirlo en un complemento objetivo y ajeno a la correlativa prestación efectiva de servicios. No existe ninguna razón jurídica válida que pueda justificar el porqué se excluye la percepción de este complemento 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, por ejemplo, los permisos por asuntos propios, en los que también se produce una ausencia al trabajo pero que, además, es voluntaria. Ello justificaría su percepción también en los períodos de baja por enfermedad.

Siguiendo esta misma línea argumental, la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007**, JUR 340031, ha reconocido el derecho al complemento de productividad al funcionario recurrente del Cuerpo Nacional de Policía que había solicitado de la Administración el abono del complemento de productividad funcional durante el período comprendido entre el mes de septiembre de 2002 y el de julio de 2004, en que estuvo realizando el curso de formación para ascenso a la categoría de Inspector. La Administración denegó su petición invocando la naturaleza subjetiva del complemento de productividad, y habida cuenta que durante ese período no se prestó servicio, y el TSJ, no obstante, acaba reconociéndoselo con base en la argumentación mencionada y en la desnaturalización que se ha producido de dicho complemento.

C) Complemento de destino

a) También puede ser establecido en los catálogos de puestos que aprueben los Plenos de las Corporaciones Locales

La **STS de 5 de octubre de 2007**, RJ 7044, ha confirmado la posibilidad de que los catálogos de puestos de trabajo que se aprueben en las corporaciones locales puedan también contemplar los complementos de destino de sus funcionarios. La Sentencia tiene su origen en la impugnación presentada por el Ayuntamiento de Arucas contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había anulado el catálogo de puestos de trabajo del personal de dicha Corporación, entre otros motivos, por haberse excedido al contemplar también los complementos de destino de sus funcionarios.

Pues bien, el TS entiende que efectivamente la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, regulador del régimen retributivo de los funcionarios de la Administración Local, establece que hasta tanto se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, los Plenos de las Corporaciones Locales deberán aprobar un catálogo de puestos, a efectos de determinar el complemento específico correspondiente al personal. La sentencia de instancia sostiene que al no limitarse el acuerdo impugnado a la determinación del complemento específico, sino también el de destino de cada uno de los funcionarios, el acuerdo es nulo de

pleno derecho. El Tribunal Supremo no obstante casa este argumento por entender que no se justifica por el contenido de la resolución, ya que la norma impone un contenido mínimo, la fijación de los complementos específicos de cada puesto, pero no tasa el máximo.

b) Puestos iguales en cuanto a funciones y cometidos a desempeñar han de tener el mismo complemento de destino

La STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2007, RJCA 677, se ha pronunciado nuevamente sobre la naturaleza del complemento de destino. El objeto de este recurso jurisdiccional es la desestimación presunta por silencio administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Fomento de la solicitud formulada por el funcionario para el reconocimiento del derecho a recibir en concepto de complemento de destino diferencias retributivas entre lo efectivamente percibido y lo que corresponde a puestos de trabajo con idénticas funciones de nivel 24. El recurrente alega que dadas las funciones desempeñadas en el puesto que ocupa, de respetarse el principio de igualdad retributiva, manifestación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, tendría asignado el nivel de complemento de destino 24.

Recuerda la Sentencia que si bien el complemento de destino y el específico son retribuciones complementarias objetivas y predicables del puesto de trabajo, no de las personas que lo ocupan, a raíz de la Ley 30/1984, las características del anterior complemento de destino ha de predicarse actualmente del complemento específico, que viene a retribuir actualmente las especiales condiciones del puesto que antes se tenían en cuenta para establecer el complemento de destino, y el actual complemento de destino está más vinculado al puesto de trabajo en abstracto, de modo que en principio, puestos iguales en cuanto a funciones y cometidos a desempeñar, han de tener el mismo complemento de destino.

El principio de igualdad actúa como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación de tales características, dentro siempre de la idea de que entre situaciones idénticas, deben establecerse soluciones que también lo sean. En este caso, al desempeñar el recurrente sus funciones en el Servicio de Conservación y Explotación, ha de compararse con compañeros que desempeñen sus funciones en el mismo servicio, y así queda acreditado que tienen las mismas funciones y cometidos que el compañero que tiene reconocido el nivel 24, lo que justifica la estimación del recurso.

D) Indemnización por acumulación de funciones. La compensación debe cuantificarse en la percepción íntegra de las retribuciones, excluyendo únicamente el complemento de productividad

La STSJ de Castilla y León de 7 de septiembre de 2007, JUR 292309, resuelve la apelación presentada contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Segovia que estimó parcialmente el recurso interpuesto por el funcionario ante la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de reconocimiento del derecho a la percepción de haberes devengados y no percibidos en concepto de acumulación de funciones.

La Sala declara el derecho que tiene el funcionario a ser compensado económicamente cuando pasa a desempeñar las funciones de otro puesto de trabajo por razón de ausencia o vacante

de su titular. No es que el funcionario tenga derecho a percibir determinados complementos por ese motivo de acumulación de funciones, sino que producida ésta, la compensación a la que tiene derecho debe cuantificarse en la percepción del sueldo y los complementos específico y de destino, excluyendo únicamente el complemento de productividad, por tratarse de una retribución complementaria que exige la previa disponibilidad y previsión presupuestaria. No resulta aplicable el límite pretendido por la Administración demandada y apreciado en parte por la sentencia apelada cuantificado en el artículo 7.1 de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues tal precepto legal obedece a un fundamento netamente distinto. Con base en esta argumentación, entiende el Tribunal que si se duplicaron las funciones a desempeñar por un funcionario, deben resarcirse éstas con la correspondiente indemnización, que vendrá constituida por el valor de esas funciones en su totalidad, incluyendo las pagas extraordinarias y los complementos salariales aplicables a la plaza acumulada, consistentes en el sueldo, complemento de destino y complemento específico.

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. EXCEDENCIA FORZOSA. EL SERVICIO ACTIVO EN OTRA ADMINISTRACIÓN DEL EXCEDENTE FORZOSO IMPIDE QUE PUEDA SEGUIR RECIBIENDO LAS RETRIBUCIONES BÁSICAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE ORIGEN

La STSJ de Madrid de 29 de junio de 2007, JUR 319528, ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Manzanares (Ciudad Real) contra la Resolución del Subsecretario del Ministerio para las Administraciones Públicas, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por dicha Corporación contra la Resolución de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) por impago de las cuotas de un funcionario que se hallaba en situación de excedencia forzosa en dicho Ayuntamiento por supresión de su plaza. Ciertamente el funcionario se encontraba en una situación peculiar puesto que, a pesar de que seguía en situación de excedencia forzosa en el Ayuntamiento, desde el año 1986 se encontraba en servicio activo en el Ministerio de Educación, por lo que el Ayuntamiento había dejado de abonarle las retribuciones legalmente previstas desde aquella fecha.

A juicio de la Sala, queda pues meridianamente claro que la situación de servicio activo como Profesor Agregado del funcionario excedente en otra Administración Pública diferente del Ayuntamiento en el que se hallaba en situación de excedencia forzosa, produce dos consecuencias, la primera, que pese a ser propio y característico de la situación de excedencia forzosa el derecho a percibir las retribuciones básicas del puesto de trabajo correspondiente, sin embargo en este caso por estas peculiares características que concurren en el caso, no tiene derecho ni a tales retribuciones ni a que se le reconozca el tiempo en que simultanea las dos situaciones como período de servicios prestados para la Administración Local y, la segunda, correlativa a aquélla, que por esta misma razón ese período de excedencia forzosa simultáneo al servicio activo en el Ministerio de Educación no se computa a efectos de derechos pasivos en la Administración Local.

Así las cosas estima la Sala que el artículo 7 de la Orden de 9 de diciembre de 1975, que es del que nace la obligación de seguir cotizando a la MUNPAL tanto por la Corporación Local como por el funcionario de ésta en los casos de excedencia forzosa de éste, no autoriza en este caso a que la MUNPAL reclamase al Ayuntamiento de Manzanares las cuotas y conceptos asimilados del período en el que el funcionario se hallaba en situación de servicio activo como funcionario en el Ministerio de Educación y Ciencia, porque el presupuesto de este artículo 7 es que el asegurado se halle en situación de servicio activo en un puesto de trabajo de la Administración Local, o, si se quiere, que no se halle en servicio activo en otra Administración Pública distinta a la Local, como de hecho aquí sucedía, por todo lo cual se está en el caso de la íntegra estimación del recurso, con la consiguiente anulación de las Resoluciones impugnadas.

6. INCOMPATIBILIDADES. LAS AUTORIZACIONES DE COMPATIBILIDAD HAN DE SER CONCRETAS, PARA TRABAJOS Y FUNCIONES DETERMINADAS

La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de junio de 2007, JUR 311171, ha estimado el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Hellín (Albacete) contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Albacete en materia de sanción a un funcionario por incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades. Dicha sentencia había estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente y anulado la sanción de suspensión de seis meses que le había sido impuesta por la comisión de una falta grave tipificada en el artículo 7.k) del RD 331/1986 del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

El funcionario sancionado trabajaba en la Intervención como técnico de administración general en régimen de dedicación exclusiva con complemento específico en cantidad superior al 30 por 100, estaba dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas como Auditor, era profesor de la UNED y había ejercido como administrador judicial en varios procesos. Los términos de la autorización concedida en el pleno de 27 de abril de 1988 no se pueden entender como justificación de las actividades por las que el recurrente en vía contenciosa fue sancionado. Aunque se alega que las actividades no incurren en causa de incompatibilidad, el Tribunal entiende que se trata de una declaración sin ningún valor ya que no se indicaron las actividades que se autorizan en aquel acuerdo. “No puede olvidarse que las autorizaciones tal y como aparecen diseñadas en la Ley han de ser concretas para trabajos y funciones determinadas, no pueden entenderse comprendidas en la misma aquellas que comenzaron a ejercerse hasta cinco o seis años más tarde de la fecha en que se adoptó el acuerdo citado. Las autorizaciones de compatibilidad de actividades no pueden entenderse como un cheque en blanco para realizar las que convengan, deben individualizarse y ser objeto de pronunciamiento concreto; tampoco la simple permisividad o tolerancia debe entenderse como consentimiento, porque partiendo del principio general de incompatibilidad de segundas actividades ya sean públicas o privadas que señala la Ley 53/1984, salvo autorización, se hace necesario este último requisito para que se entiendan lícitas”.

Con base en esta argumentación el Tribunal anula la sentencia apelada y confirma la sanción impuesta por el Ayuntamiento de Hellín.

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) Inhabilitación especial. Procede la separación, tanto si la acción se produce en el ejercicio del cargo de funcionario, como con ocasión del ejercicio del empleo del funcionario

La STS de 25 de junio de 2007, RJ 6751, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por un funcionario de Correos contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había confirmado la resolución del Ministerio de Fomento por la que se acordaba la pérdida de su condición funcional por la comisión de un delito de falsificación en el que resultó decisiva su condición de funcionario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 y 105.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuanto a los efectos de la pena de inhabilitación especial impuesta en sentencia penal. En el recurso se plantea la interpretación que ha de darse a estos preceptos.

En el caso concreto planteado, el funcionario del Cuerpo Ejecutivo Postal y de Telecomunicación acudió al Negociado de Admisión de certificados de otra oficina de Correos para manipular la fecha de unos envíos certificados con la intención de favorecer a una amiga suya y de que los documentos que ésta quería presentar a la Administración lo fueran dentro del plazo. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de falsificación de documento público previsto en el artículo 392 del Código Penal porque el acusado no había actuado como el “funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad” al que alude el tipo del artículo 390.1, toda vez que cuando realiza los hechos el acusado no actúa en el ejercicio de sus funciones, sino que se producen fuera de su concreto puesto de trabajo. En consecuencia debía ser considerado a estos efectos como un particular. Ahora bien, considera la sentencia que sí concurría en el acusado la agravante prevista en el artículo 22.7 del Código Penal de prevalimiento de carácter público del agente, que se produce cuando el actor, sin obrar dentro de las competencias propias de su cargo, aprovecha la ventaja de ser funcionario público del cuerpo de Correos para acceder a una zona que le está vedada a los demás ciudadanos y donde tiene libre acceso a los sellos certificados.

A partir de ahí se discute si la inhabilitación especial exige que los hechos sancionados se hayan producido en el ejercicio de las funciones del puesto de trabajo o de las funciones correspondientes al empleo. El TS confirma la tesis planteada en la sentencia recurrida y conforme a la cual “una interpretación correcta del artículo 37 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado conduce a la conclusión de que procede la pérdida de la condición de funcionario, si se le condena a inhabilitación especial, tanto si la sentencia recoge que el delito se realizó en el ejercicio del puesto de trabajo, como si se hizo con utilización del empleo”.

Efectivamente, añade la STS que la reforma operada en el artículo 37.1.d) ha modificado el rigor de la redacción primitiva que hablaba de que la condición de funcionario se perdía, entre otras causas, por la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, y ahora en cambio, se mantiene la pérdida por la absoluta, y “también se pierde la condición de funcionario cuando recaiga pena principal o accesoria de inhabilitación especial

en el ejercicio de las funciones correspondientes al puesto de trabajo o empleo relacionado con esta condición, especificado en la sentencia”. Mientras para el recurrente la partícula disyuntiva “o” separa dos términos con el mismo significado, la sentencia, correctamente interpreta lo contrario. En efecto, una interpretación literal lleva a dicha conclusión, pues hubiera sido innecesario hablar de “empleo relacionado con esta condición”, si equivalía a puesto de trabajo. Por otra parte, una interpretación finalista nos lleva igualmente a entender que la interpretación de la sentencia recurrida es correcta, toda vez que lo que ha pretendido la Ley es dulcificar el rigor de una condena de inhabilitación especial por delitos que nada tienen que ver con la función del autor, pero no tendría sentido que no se acordara esta medida para quien prevaleciendo de esta condición cometiera un delito, aunque no estuviera de servicio o lo realizara fuera de su jurisdicción, siempre que la sentencia penal apreciara este prevalimiento. Pues bien, como se hace constar en la sentencia recurrida, la condición de funcionario sí tuvo que ver, y así se recoge en la sentencia, con la realización del delito, lo que lleva al TS a desestimar el recurso de casación.

B) La jubilación por incapacidad permanente

a) No procede cuando las dolencias no imposibilitan al funcionario de forma total para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala o plaza

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de septiembre de 2007, JUR 340017, desestima el recurso interpuesto por una funcionaria contra la Resolución del Subdirector de Gestión de Personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos sobre denegación de jubilación por incapacidad permanente. Disconforme con ésta, la funcionaria plantea su revisión jurisdiccional, alegando que sus dolencias son de carácter crónico e irreversible y le imposibilitan totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera.

La Sentencia recuerda que la jubilación por incapacidad permanente para el servicio se declara de oficio, o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera. La incapacidad permanente se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, y a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tiene en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrado, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

Sin embargo, como ha venido reiterando la jurisprudencia, la incapacidad física es una cuestión que entra en el campo de la ciencia médica y, por tanto, eminentemente técnica, y los informes médicos expedidos a instancia de los interesados, si bien pueden servir como orientación, no pueden constituir la base de tal declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado, el tribunal médico, especialmente creado con tal finalidad y que, en principio y salvo que se demuestre lo contrario, goza de la presunción de objetividad. En el presente caso, no obstante, el Dictamen evaluador médico afirma que no existe una afección patológica estabilizada e irreversible que le imposibilite totalmente para el desempeño de sus

funciones, o las de toda otra profesión u oficio. Al no haber logrado desvirtuar dicho informe, la Sala desestima su pretensión de jubilación.

b) Debe concederse cuando la situación de baja por enfermedad del actor se ha dilatado más de treinta meses desde la primera de ellas

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 12 de junio de 2007, JUR 349365, se ha pronunciado sobre la naturaleza de un expediente de jubilación por incapacidad que se había quedado sin resolver por la Administración. En esta Sentencia se proclama el derecho de los funcionarios a que se determine, en caso de bajas frecuentes, la situación psicofísica en que se encuentra para seguir desempeñando sus funciones, puesto que ni la Administración puede permitirse que en un puesto se encuentre un funcionario que no puede desempeñar idóneamente sus funciones con perjuicio de los intereses generales a los que debe servir según mandato constitucional, ni es exigible mantener al funcionario en un puesto en el que no puede desempeñar correctamente sus funciones en detrimento aun mayor de su salud.

En este caso, aunque se había intentado readaptar al funcionario a otro puesto de trabajo, había presentado 44 bajas por enfermedad. Por ello la Sala aplica la Ley 66/1997, a cuyo tenor, en aquellos supuestos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la posible calificación del estado del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su cuerpo o escala, tal calificación podrá retrasarse por el período preciso, sin que ésta pueda, en ningún caso, dar lugar a que la declaración de la jubilación tenga lugar una vez rebasados los 30 meses desde la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.

La Sala considera que este precepto legal resulta tener un carácter determinante en cuanto a que no se pueden sobrepasar los treinta meses sin declarar la incapacidad permanente. El carácter preceptivo de esta norma impide a la Administración sobrepasar el plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, o en caso de ser necesario para la mejor determinación de la situación del funcionario, al término de treinta meses sin haber resuelto los correspondientes procedimientos, bien mediante la declaración de jubilación por incapacidad permanente, bien mediante la declaración de alta del enfermo. Puesto que en este caso es evidente que no se han cumplido los términos de la norma aplicable, la Sala estima el recurso y concede al funcionario el reconocimiento de la situación de jubilación por incapacidad con efectos retroactivos desde la fecha en que se cumplieron los treinta meses de incapacidad temporal o se suscribió el primer parte de baja.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico. A) Nulidad de la modificación de las normas subsidiarias por incumplimiento del deber de abstención de un concejal. B) La denegación de una modificación del Plan General no requiere mayoría absoluta. C) Nulidad de la modificación del PGOU que omite las determinaciones necesarias para la ordenación del territorio contemplado en una concesión administrativa para la construcción de un puerto deportivo. D) Nulidad de la modificación del planeamiento con la finalidad de legalizar un edificio. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Conservación de la urbanización: facultades de la entidad de conservación. B) Sistemas de actuación: necesidad de aval como garantía para conceder la licencia de urbanización. **3. Otorgamiento de la licencia de obras.** A) Condicionamiento de la licencia a la prestación de un aval cuando las obras de urbanización se simultanean con las de edificación. **4. Restablecimiento de la legalidad urbanística.** A) La acción frente a las construcciones ilegales no puede consistir en atacar el acto de concesión de la licencia, sino la solicitud de que la obra se ajuste a planeamiento. B) Anulación de la licencia por autorizar una construcción de una edificación en la zona de servidumbre de protección de la Ley de Costas.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**A) Nulidad de la modificación de las normas subsidiarias por incumplimiento del deber de abstención de un concejal**

La STS de 5 de diciembre de 2007, RJ 2008/94, casa la sentencia de instancia y anula la aprobación definitiva de la modificación de las normas subsidiarias, consistente en ajustar las alineaciones con reducción del ancho de la calle de nueva apertura (de 8 a 6 metros) y reducir los retranqueos de la alineación de la calle (de 3 a 0 metros).

El motivo de nulidad estimado fue que uno de los concejales que votó a favor era hijo del propietario de las fincas afectadas por la modificación y, por tanto, estaba incurso en el de-

ber legal de abstención [artículo 28.2.b) Ley 30/1992], siendo su voto determinante para alcanzar la mayoría absoluta exigida entonces (julio de 2000) por el artículo 47.1.i) de la Ley 7/1985.

El tenor de dicha regla ha sido objeto de diversas modificaciones y reubicaciones. La redacción del citado precepto no es muy distinta de la del actual artículo 47.2.11) de la misma Ley, que requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adaptación de acuerdos en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística.

B) La denegación de una modificación del Plan General no requiere mayoría absoluta

Sobre la interpretación del mismo precepto de la Ley de Bases de Régimen Local también se pronuncia la **STS de 7 de noviembre de 2007**, RJ 2007/8330, con motivo de un recurso contra la denegación de la aprobación de una modificación del Plan General de Burgos, el 29 de noviembre de 2001.

En el caso de autos, la propuesta de modificación no obtuvo a su favor la mayoría absoluta y quedó automáticamente rechazada. El Tribunal entiende que ésta es la única interpretación lógica y operativa del entonces artículo 47.3.i) LBRL:

“Ahora bien (y con esto ya entramos en la esencia del motivo) la exigencia de la mayoría absoluta necesita una explicación, ya que la terminología simple oculta a veces la verdad jurídica, pues si el acuerdo del Ayuntamiento hubiera dicho ‘se entiende rechazada la aprobación provisional de la modificación del Plan’, quizá entenderíamos más sencillamente la exigencia legal que diciendo, como dice, ‘se deniega la aprobación provisional’. En efecto, no es que para rechazar la aprobación provisional se exija mayoría absoluta, sino que basta que la propuesta no obtenga la mayoría absoluta para que se entienda rechazada, cualquiera que haya sido el resultado de la votación. En otro caso, podría debatirse en sucesivas e infinitas ocasiones sin que pudiera conseguirse la mayoría necesaria ni para la aprobación ni para el rechazo del Plan.”

C) Nulidad de la modificación del PGOU que omite las determinaciones necesarias para la ordenación del territorio contemplado en una concesión administrativa para la construcción de un puerto deportivo

La **STS de 30 de octubre de 2007**, RJ 2007/8580, confirma, por enésima vez, la nulidad de la modificación del PGOU de Calpe, en la que se omite las determinaciones necesarias para la ordenación de usos y sistema de comunicación del terreno contemplado en una concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo. Esta concesión, otorgada en 1983, otorga al concesionario la propiedad de los terrenos ganados al mar y la posibilidad de construir edificios de alojamientos turísticos y hoteleros:

“Mientras aquella concesión administrativa no sea dejada sin efecto a través de cualesquiera de los medios o procedimientos que a tal fin prevé el ordenamiento jurídico, como lo es, entre otros, el de la declaración de su caducidad, no puede un Plan General, cuya naturaleza es y cuyo contenido normativo ha de ser el propio de un instrumento de ordenación integral del territorio (en palabras, por ejemplo, del artículo 10.1 de la Ley del Suelo de 1976), ignorar que está decidida por resolución firme, dotada como tal de la consiguiente eficacia jurídica, la implantación en el término municipal de aquel puerto deportivo; ni ignorar tampoco que está previsto que con su construcción surjan terrenos ganados al mar, que pasarán a formar parte de ese término municipal. Ello supone que mientras aquella cesación de efectos no acaezca, no puede la Administración urbanística, so pena de desconocer *de facto* la eficacia jurídica de esa resolución firme adoptada en su día por la Administración competente en materia de Puertos Deportivos, omitir en el Plan General las determinaciones urbanísticas que, siendo propias de su contenido normativo, sean a su vez necesarias y adecuadas para la conexión y entramado del puerto previsto con el resto del término municipal; ni puede dejar de clasificar como proceda aquel suelo que ha de surgir en virtud de tal resolución firme y de regular adecuadamente los usos del mismo.”

No obstante, la Sentencia reconoce que corresponde al Ayuntamiento fijar el contenido concreto de esas determinaciones, dentro de los límites típicos de esta potestad y de modo compatible con la existencia misma del puerto y sus necesidades.

D) Nulidad de la modificación del planeamiento con la finalidad de legalizar un edificio

La STS de 10 de julio de 2007, RJ 2007/7444, casa la sentencia de instancia y anula la modificación del Plan General de Oropesa del Mar acordada con la única finalidad de legalizar un edificio construido al amparo de una licencia anulada judicialmente, por invadir una zona verde y no guardar la distancia debida a la calle peatonal.

Según la sentencia del TSJ valenciano, la modificación impugnada cambia la zona verde y suprime la distancia a la calle peatonal sin una razón urbanística de carácter general ni ninguna otra de interés público, sin que pueda entenderse por tal el interés de los propietarios de conservar su vivienda. Por ello, aprecia en la modificación una medida elusiva del cumplimiento de la sentencia. No obstante, el TSJ desestima el recurso, atendiendo a que un previo Auto suyo había concluido que la sentencia primera era de imposible ejecución (por los elevados costes y dificultades técnicas de demoler la “parte ilegal” del edificio) y admitido la sustitución por una indemnización.

Esas razones no son de recibo para el Tribunal Supremo, para el cual, una vez constatada que la modificación del Plan General estaba viciada de desviación de poder, la Sala de instancia debió estimar el recurso y anular la disposición en cuanto al controvertido edificio. Se da la circunstancia añadida de que el antedicho Auto había sido revocado un día antes, por STS de 9 de julio de 2007.

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Conservación de la urbanización: facultades de la entidad de conservación

Ciertamente interesante resulta la STS de 11 de julio de 2007, Ar. 4777, en cuanto tiene que dilucidar la naturaleza de las entidades urbanísticas de conservación, no tanto en lo referido a su naturaleza administrativa que es un hecho indudable a juicio del TS, sino a la cuestión de si entre sus facultades se encuentran las de gestionar directamente el procedimiento de apremio respecto a los propietarios morosos.

La entidad de conservación recurrente pretendía, a través de una modificación de sus estatutos, la posibilidad de utilizar la vía de apremio en relación a sus propietarios morosos. Igualmente, buscaba poder imponer un recargo a dichos propietarios; también, la posibilidad de que la providencia de apremio fuera emitida por el tesorero de la entidad con el visto bueno del presidente, e incluso, que el propio procedimiento de apremio pudiera ser suspendido por acuerdo del Consejo Rector de la entidad. En definitiva, quería gestionar directamente la vía de apremio.

Sus pretensiones ya habían sido rechazadas por la sentencia de instancia, con argumentos que suscribe el TS. A saber:

– Respecto a la posibilidad de utilizar directamente la vía de apremio, se muestra contundente al indicar que el procedimiento de apremio sólo puede ser actuado por la propia Administración, pues dicho procedimiento es exclusivamente administrativo y la competencia para entender de éste es privativa de la Administración.

– En relación a la posibilidad de imponer un recargo a los propietarios morosos, rechaza tal posibilidad pues ese recargo tendría una naturaleza de recargo de apremio, competencia exclusiva de la Administración.

– Igual argumentación se aplica a la posibilidad de emitir la providencia de apremio, pues tal providencia sólo puede ser emitida por los órganos de intervención a propuesta de los órganos de recaudación, órganos en todo caso administrativos, ya que sólo la Administración tiene la competencia sobre la vía de apremio.

– Por último, también rechaza la posibilidad de suspender el procedimiento de apremio por acuerdo del Consejo Rector, pues dicho procedimiento tiene carácter reglado, impulsado de oficio en todos sus trámites y, una vez iniciado, sólo puede ser suspendido en los supuestos y casos previstos en el Reglamento General de Recaudación, entre los cuales no se encuentra el acuerdo del Consejo Rector de las entidades de conservación.

El TS quiere resaltar que el carácter administrativo de las entidades urbanísticas de conservación no ofrece dudas, ya que así se indica en el artículo 26.1 del RGU de 1979, y así lo viene reconociendo una cuantiosa y consolidada línea jurisprudencial. Sin embargo, si bien dicho

carácter es indudable, también incide el TS en que dicho carácter se desarrolla en el ámbito de la gestión urbanística, pero sin poder extrapolarse al ámbito tributario hasta abarcar la gestión directa de los procedimientos de apremio contra los propietarios morosos.

En este sentido, recuerda el TS que las cuotas de urbanización no son tributos en ninguna de sus categorías, sino ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal, o que la gestión y cobro de las cuotas de conservación, urbanización y mantenimiento corresponde, en período voluntario, a la entidad de conservación, y en vía de apremio, a la Administración correspondiente.

En definitiva, reitera las argumentaciones de la sentencia de instancia y rechaza el recurso planteado.

B) Sistemas de actuación: necesidad de aval como garantía para conceder la licencia de urbanización

El TS en su **STS de 3 de julio de 2007**, Ar. 4769, debe solucionar el conflicto planteado como consecuencia de un acuerdo municipal que exigía la prestación de una garantía correspondiente al cincuenta por ciento de las obras de urbanización para conceder la correspondiente licencia de urbanización. Este acuerdo municipal fue recurrido por la Junta de Compensación afectada alegando que con tal exigencia se vulneraban los artículos 39.1, 40, 41 y 42 del RGU de 1979 en relación con el artículo 13 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, puesto que tales preceptos sólo imponen fianza, a juicio de la recurrente, para los supuestos de suelos clasificados como urbanos que no se incluyan en polígonos o unidades de actuación (las llamadas actuaciones asistemáticas), lo que no era el caso que nos ocupa.

El TS rechaza esta interpretación indicando que “el artículo 39.1 del Reglamento de Gestión Urbanística establece que en suelo urbano sólo podrá edificarse cuando los terrenos adquieran la condición de solar o cuando se asegure la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación, principio este del que ha de partir su interpretación, de suerte que cualquier defecto de expresión o cualquier discordancia ha de resolverse en el sentido expresado en esa regla general” (FJ 2º).

“En consecuencia, aunque el artículo 41 del Reglamento de Gestión Urbanística no exija literalmente la prestación de fianza en el caso de terrenos que estén incluidos en polígonos o unidades de actuación, la exigencia está expresamente dicha en el artículo 39.1, y por ello, cuando el propio artículo 41.3, (...), dispone que ‘serán de aplicación las previsiones establecidas en el número 3 del artículo anterior’, que prevé que el incumplimiento del deber de urbanización comportará, entre otras consecuencias, la pérdida de la fianza, no hace una remisión incomprensible o asistemática sino coherente con la exigencia proclamada previamente, consistente en que no es posible edificar en suelo urbano, en terrenos que no sean solares, si previamente no se afianza la ejecución de las obras de urbanización” (FJ 2º).

A juicio del TS, ésta es la única interpretación que permite un procedimiento urbanizador lógico y que busca la protección de terceros adquirentes indefensos ante el incumplimiento de otras personas. Insiste el TS en que el proceso urbanizador tiene “un orden lógico (...),

primero urbanizar y después edificar, y quien pretenda alterarlo en beneficio propio ha de garantizar que no va a desentenderse de la obra urbanizadora” (FJ 2º).

Además el TS incide, en contra de lo sostenido por la Junta de Compensación recurrente, que es ésta quien responde directamente frente a la Administración de la urbanización completa de un polígono o unidad de actuación, lo que justifica que el aval que garantice esa urbanización sea pedido a dicha Junta cuando se pretende edificar simultáneamente, y ello con independencia de la persona que haya sido el solicitante de la licencia de edificación, ya que los artículos 39.1 y 40.1.b) del RGU de 1979 no imponen el deber de asegurar la urbanización mediante la prestación de fianza a quien solicita la licencia de edificación, sino que exige que se garantice la ejecución de la urbanización siendo, lógicamente, quien responde del cumplimiento del deber de realizar la urbanización, es decir, la Junta de Compensación, quien debe prestar tal fianza.

Esta argumentación lleva al TS a rechazar el recurso planteado por la Junta de Compensación aludida.

3. OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA DE OBRAS

A) Condicionamiento de la licencia a la prestación de un aval cuando las obras de urbanización se simultanean con las de edificación

La STS de 3 de julio de 2007, Ar. 4769, siguiendo en este unto una importante doctrina jurisprudencial dictada al respecto (entre otras, STS de 24 de abril de 2002), mantiene la validez de la condición impuesta a una Junta de Compensación en la licencia de obras por la misma solicitada de prestar una garantía económica correspondiente al cincuenta por ciento de las obras de urbanización proyectadas.

El argumento esencial que utiliza el TS para amparar su fallo es la legalidad de la imposición de esta condición, que tiene como finalidad permitir la adecuada urbanización cuanto se pretende edificar antes de urbanizar, como ocurre en este supuesto. A juicio de la Sala, el proceso urbanizador tiene un orden lógico y jurídico, a saber, primero urbanizar y después edificar, y quien pretenda alterarlo en beneficio propio ha de garantizar que no va a desentenderse de la obra urbanizadora. Además, la prestación de estos avales permite, por otra parte, garantizar la protección de terceros adquirentes indefensos ante el incumplimiento de otras personas, que necesariamente habrían de soportar por razón de la subrogación impuesta legalmente.

La referida condición viene amparada jurídicamente ya que, si bien el artículo 41 del RGU no exige literalmente la prestación de fianza en el caso de terrenos que estén incluidos en polígonos o unidades de actuación, la misma sí que está expresamente contemplada en el artículo 39.1 del mismo texto, y por ello, cuando el propio artículo 41.3 dispone que “serán de aplicación las previsiones establecidas en el número 3 del artículo anterior”, que prevé que el incumplimiento del deber de urbanización comportará, entre otras consecuencias,

la pérdida de la fianza, no hace una remisión incomprensible o asistemática sino coherente con la exigencia proclamada previamente, consistente en que no es posible edificar en suelo urbano, en terrenos que no sean solares si previamente no se afianza la ejecución de las obras de urbanización. A esta misma conclusión se llega con la exigencia impuesta en el artículo 41.1.b) del RGU, que obliga a que las obras de urbanización estén al menos comenzadas, lo que no consta en este caso, de lo que se deduce que si el Ayuntamiento hubiese podido denegar la licencia por esta razón, ningún reproche cabría formularle por haberla concedido previa presentación de aval (FJ 2º).

Esta exigencia es independiente de la carga real establecida en los artículos 129.1 del TRLS de 1976 y 178 del RDU para asegurar el pago que a cada uno corresponda en las obras de urbanización, deberes que no sólo no son incompatibles sino que se complementan con la finalidad de evitar que la obra urbanizadora quede inacabada o incompleta a pesar de haber acometido la edificación.

4. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) La acción frente a las construcciones ilegales no puede consistir en atacar el acto de concesión de la licencia, sino la solicitud de que la obra se ajuste a planeamiento

La STS de 23 de mayo de 2006, Ar. 8483, se plantea la legalidad del acto de concesión de una licencia de obras, que se otorgó teniendo en cuenta las alineaciones fijadas en el planeamiento urbanístico y la construcción efectivamente levantada, que excede de lo amparado en aquélla.

Entiende la Sala que esta extralimitación en la construcción no afecta a la legalidad del acto administrativo autorizante, sino a la legalidad de lo efectivamente edificado.

Por este motivo, no acoge la pretensión del recurrente que no es otra que la anulación de la licencia en cuestión, porque en este supuesto, “(...) la vía para lograr su acomodación o ajuste a las determinaciones del planeamiento no es la impugnación del acto de concesión de la licencia, sino la solicitud de que la obra ejecutada se ajuste a ésta si aún se estuviese en plazo para hacerlo (...)”. Aplicando, además, el principio de proporcionalidad, señala el Tribunal la imposibilidad de acordar una demolición de lo indebidamente construido en este supuesto, ya que los desajustes de la edificación en relación con el planeamiento son insignificantes.

B) Anulación de la licencia por autorizar una construcción de una edificación en la zona de servidumbre de protección de la Ley de Costas

En la STS de 25 de abril de 2007, Ar. 5206, el TS confirma el fallo del Tribunal de instancia, que había anulado la Resolución del Director General de Urbanismo del Gobierno de Canarias, por la que se autorizaba la construcción de una edificación con planta sótano y tres plantas en la zona de servidumbre de protección del paseo marítimo de Taliarte (en Las Palmas).

La alta instancia jurisdiccional analiza si el supuesto sometido a su consideración puede quedar integrado dentro de las previsiones de la DT Novena de la Ley de Costas de 1988, en

atención a la cual es posible la autorización de nuevos usos y construcciones en suelo urbano, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre de protección de 20 metros, no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre y exista un Plan Especial.

Ahora bien, el precepto referido debe interpretarse según la doctrina establecida al respecto por la propia instancia juzgadora, concretamente en sus Sentencias de 13 y 20 de junio de 1995 y 3 de mayo de 2000, que entienden que lo que la DT pretende es homogeneizar la fachada marítima con las alineaciones fácticas existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley de Costas, sin que en ningún caso pueda la norma ser utilizada para crear una nueva fachada con alineaciones inexistentes, creadas *ex novo* con planes que recogen un proyecto urbanístico futuro. En definitiva, lo que la Ley de Costas pretende es la congelación de las fachadas marítimas existentes y su homogeneización y, en caso de demolición total o parcial, que las nuevas construcciones se ajusten a la Ley. La posibilidad que ampara la disposición se extiende, por consiguiente, únicamente a la realización de obras de reparación y mejora en las edificaciones, viéndose obligadas las nuevas construcciones que se pretendan realizar a respetar la servidumbre de protección.

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) Inalienabilidad de los bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Imposibilidad de enajenar el patrimonio municipal del suelo para fines distintos a los previstos en la legislación urbanística. B) Desafectación de los bienes de dominio público. Requisitos para que sea procedente. C) Enajenación de bienes patrimoniales. Modificación de las bases del concurso. D) Enajenación de los bienes patrimoniales. Condiciones para permutar un bien. E) Utilización de los bienes de dominio público. Aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales de acuerdo con la costumbre. F) Prerogativas de las Entidades locales. La potestad de investigación. G) Prerogativas de las Entidades locales. El deslinde administrativo. H) Prerogativas de las Entidades locales. La potestad de recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Procedimiento sancionador: problemas de caducidad del procedimiento. B) Trasvases: competencias para autorización de trasvases y valoración del volumen de aguas trasvasadas. No existe el derecho a recibir agua en el trasvase Tajo-Segura. C) Infracciones y sanciones: exceso de volumen de agua extraído para explotación de finca. Infracción improcedente. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde del demanio costero: integra en el dominio público las dependencias que reúnen las condiciones requeridas natural y normativamente. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: prohibición de edificaciones en la zona de servidumbre de protección. C) Puertos. a) El cierre de un Puerto fronterizo al cruce de personas sin atender a sus circunstancias de hecho supone un ejercicio incorrecto de la discrecionalidad de la Administración portuaria. b) Los servicios portuarios prestados mediante contrato de gestión de servicios públicos requieren concesión otorgada a través de concurso público. c) La concesión de uso privativo de espacios portuarios se otorga discrecionalmente conforme al pliego de bases aprobado por la Administración. **5. Carreteras y caminos.** A) Valor jurídico de los Estudios de Detalle en el procedimiento de planificación de carreteras. B) Valoración del suelo expropiado para la construcción de carreteras. **6. Vías pecuarias: desafectación tácita.** **7. Minas: Carácter restrictivo de los recursos de la Sección A) de la**

Ley de Minas. 8. Patrimonio histórico: La demarcación autonómica del perímetro de una Zona o recinto de Interés Cultural puede integrar un bien demanial de titularidad estatal. 9. Propiedades públicas. Régimen económico financiero. A) Aguas continentales.

a) Canon de aducción de Castilla-La Mancha y defensa de la autonomía local. b) Tasas por el servicio de distribución de agua potable. B) Puertos. C) Minas: canon de superficie de minas. D) Otro dominio público estatal: Dominio público radioeléctrico. E) Dominio público local.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS accesible en el Westlaw de Aranzadi hasta el 31 de enero de 2008 y la Constitucional desde la Sentencia 223/2007, de 22 de octubre, hasta la 265/2007, de 22 de diciembre, y en este año de 2008 desde la 1 hasta la 11/2008, de 21 de enero.

2. BIENES LOCALES

A) Inalienabilidad de los bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Imposibilidad de enajenar el patrimonio municipal del suelo para fines distintos a los previstos en la legislación urbanística

En la STSJ de Castilla y León de 18 de junio de 2007, Sala Tercera, Sección Segunda, RJCA 488, se sostiene la nulidad de los acuerdos de enajenación del patrimonio municipal del suelo cuando lo sea para fines distintos a los previstos en la legislación urbanística.

En concreto, en la citada Sentencia se afirma que han de anularse los acuerdos municipales impugnados, pues infringen tanto el artículo 280.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, como el artículo 125.1.b) de la Ley de urbanismo de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril.

En efecto, sigue diciendo la Sentencia comentada, el citado artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992 dispone que los bienes del patrimonio municipal del suelo, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, deberán ser destinados a la construcción, de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico. Este precepto –como señaló la citada STC 61/1997– responde al concepto de “norma básica” directamente vinculada a la planificación económica general (artículo 149.1.13ª CE) en relación con la vivienda (artículo 47 CE). Pues bien, en este caso no se contempla en los pliegos aprobados para la enajenación de las citadas parcelas del Ayuntamiento –de uso residencial, como se ha dicho– que sobre ellas se vayan a construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, vulnerándose así el citado artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Sobre este concreto particular, debe quedar claro, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2002, RJCA 300 de 2003, en un caso análogo al que aquí se plantea, que no es que no se puedan enajenar los bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo sino que cuando se enajenen debe ser necesaria e ineludiblemente para alguno de los fines previstos en el ya mencionado artículo 280.1, circunstancia que no se aprecia que acontezca en el caso que ahora se enjuicia. De esta forma, ha de afirmarse que si se pretende la construcción de viviendas en terrenos de patrimonio municipal del suelo éstas han de ser protegidas y no pueden ser libres, y también que la construcción de viviendas libres en ese tipo de terrenos no constituye un uso de interés social. A este respecto, se juzga conveniente traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001, Ar. 8391, en cuyo fundamento jurídico sexto se declara literalmente que “debe tenerse presente que este interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El artículo 1.1 de la CE, que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con su artículo 9.2, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

A continuación, en la Sentencia se dice que ha de señalarse asimismo, dado que las partes hacen referencia también para defender cada una su pretensión a la legislación autonómica urbanística y, en concreto a la citada Ley de Castilla y León 5/1999, que tampoco ésta justifica el proceder del Ayuntamiento demandado y aquí apelado. En efecto, parece postular dicho Ayuntamiento que basta con que los ingresos obtenidos por la enajenación de las parcelas litigiosas se destinen a alguno de los fines de interés social recogidos en el artículo 125.1 de la Ley 5/1999 para que su actuación sea conforme a derecho, alegato con el que desconoce que según dicho precepto “también” los bienes de los patrimonios públicos de suelo (y, por tanto, las parcelas de autos) deben destinarse “necesariamente” a alguno de esos fines de interés social que enumera, entre los que sin ninguna duda no se encuentran las viviendas libres. De hecho y con arreglo a lo dispuesto en su párrafo b), si el destino previsto es la construcción de viviendas éstas ineludiblemente han de ser de las “acogidas a algún régimen de protección pública”, como ya se dijo en la antes citada Sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2002, RJCA 300 de 2003, que ha sido confirmada por la STS de 26 de junio de 2006, Ar. 8310, lo que ha sido reiterado en la Sentencia también de esta Sala de 17 de julio de 2006, JUR 2006/229618, entre otras.

Una cosa es, se sigue diciendo en la Sentencia comentada, que los “ingresos” que se obtengan con la enajenación de las parcelas del patrimonio municipal del suelo —que también se integran en ese patrimonio— hayan de destinarse “a la conservación y ampliación” de éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 276.2 de la Ley del Suelo de 1992, lo que también se contempla en el artículo 124.2 de la Ley de Castilla y León, en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de diciembre, y otra distinta que los terrenos que se integran en ese patrimonio municipal puedan destinarse a cualquier fin, pues si tienen uso residencial, como aquí sucede, “deberán” ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, como resulta del citado artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992, siendo también ese destino —y no el de viviendas libres— el previsto en el mencionado artículo 125.1.b) de la Ley autonómica.

No impide las anteriores conclusiones la previsión contenida en el artículo 38 de la Ley autonómica 10/2002, de 10 de julio, de modificación de la Ley 5/1999, al contemplar, a fin de fomentar la cohesión social, que “el planeamiento” procurará la mezcla equilibrada de grupos sociales, usos y actividades, estableciendo, por lo que ahora importa, un porcentaje que debe destinarse a viviendas sujetas a algún régimen de protección que no podrá ser “inferior” en suelo urbanizable delimitado al 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo total del x conjunto de sectores, pues es evidente —en contra de lo que se señala en la Sentencia recurrida y se sostiene por las partes apeladas— que ese precepto no determina que los terrenos que integran el patrimonio municipal del suelo, con uso residencial, una vez que en el Sector se supere ese 10% de aprovechamiento lucrativo para viviendas sujetas a algún régimen de protección, no tengan ya que ser destinados a ese tipo de viviendas, toda vez que aquel precepto no deroga la previsión del artículo 125.1.b) de la Ley que se mantiene en su redacción originaria y, mucho menos, hace inaplicable el citado artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992, que determina, como se ha reiterado, que el suelo que forma parte del patrimonio municipal del suelo para uso residencial ha de ser destinado a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Por ello, no puede aceptarse la alegación de las partes apeladas de que al destinarse el 12,50 por 100 del aprovechamiento del Plan Parcial del Sector 8 a ese tipo de viviendas, ya el Ayuntamiento puede destinar el suelo del patrimonio municipal del suelo dentro de ese Sector a “viviendas libres”, toda vez que, como ya se ha dicho, ese artículo 38, en la redacción dada por la Ley 10/2002, no modifica los antes citados artículos 125.1.b) de la Ley y 280.1 de la Ley del Suelo de 1992.

Una cosa es la obligación impuesta desde la Ley al planeamiento para que una parte del aprovechamiento lucrativo se destine a la construcción de viviendas con cualquier régimen de protección —ese “mínimo” del 10 por 100 del conjunto de sectores en suelo urbanizable delimitado—, y otra distinta la obligación que tienen los Ayuntamientos de destinar los terrenos que se integran en el patrimonio municipal del suelo a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, cuando se trata, como aquí sucede, de suelo con uso “residencial”, pues el cumplimiento de aquella obligación no supone que pueda incumplirse ésta, al tratarse de obligaciones distintas que derivan de preceptos legales diferentes.

En este aspecto también ha de señalarse que no puede reinterpretarse el citado artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992 que establece, como se ha dicho, el destino de los bienes que integran el patrimonio municipal a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a “otros” usos de interés social “de acuerdo con el planeamiento urbanístico”, en función de ese artículo 38 de la Ley de Castilla y León, en la redacción dada por la Ley 10/2002, que obliga al “planeamiento” a destinar una parte del aprovechamiento lucrativo a viviendas con algún régimen de protección, en el sentido de que al no concretarse ese uso de vivienda protegida en las parcelas del patrimonio municipal del suelo con uso residencial ya no sería obligatorio que sobre ellas se construya ese tipo de viviendas, pudiendo enajenarse para viviendas libres, pues la frase final del citado artículo 280.1 “de acuerdo con el planeamiento urbanístico” no se refiere a la distinción entre viviendas con régimen de protección y viviendas libres, sino entre viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y otros usos de interés social, en función, ahora sí, de la previsión del planeamiento urbanís-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tico. De esta manera cuando el planeamiento permite en parcelas que integran el patrimonio municipal del suelo la construcción de viviendas, como aquí sucede, esas parcelas “deberán” ser destinadas a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, y únicamente pueden destinarse a “otros” usos de interés social cuando no se permita por el planeamiento el uso de vivienda en esas parcelas, y sin que se considere de “interés social” su enajenación para construir viviendas libres, que no se contemplan ni en ese artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992 ni en el también mencionado artículo 125 de la Ley de Castilla y León, que también se refiere expresamente, como se ha dicho, a la construcción de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública en su punto 1.b).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sentencia termina diciendo que, al no destinarse las parcelas municipales de que se trata a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, se vulnera con la adjudicación a la que se refieren los acuerdos municipales impugnados tanto el artículo 280.1 de la Ley del Suelo de 1992 como el artículo 125.1.b) de la Ley autonómica de 1999, ha de estimarse el presente recurso de apelación por ese motivo, quedando, en consecuencia, sin efecto esas adjudicaciones, con la obligación por parte de dicho Ayuntamiento de realizar los actos necesarios para que las viviendas que se construyan sobre esas parcelas queden sujetas a algún régimen de protección pública.

B) Desafectación de los bienes de dominio público. Requisitos para que sea procedente

En la STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007, Sala Tercera, Sección Tercera, JUR 2007/245150, se exige que para la desafectación de un bien de dominio público se acredite su oportunidad y su legalidad, siendo susceptible de control por los tribunales. Es precisamente el control de la desafectación de un camino público la que se realiza en la Sentencia comentada.

En particular, en la citada Sentencia se afirma que el artículo 20 del Decreto 336/1988, por el que se aprobó el Reglamento del Patrimonio de los Entes Locales de Cataluña, señala que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de los Entes locales requiere un expediente en el cual se acrediten la oportunidad y la legalidad del cambio de afectación. En el presente caso nos encontramos ante un camino público previsto en la red de caminos rurales de las Normas Subsidiarias del Municipio, lo cual implica de entrada su consideración de vía necesaria para la correcta movilidad y comunicación de la zona; esta necesidad se ve reforzada en el hecho de que no sólo se desafecta el camino público, sino que a la vez se afecta un camino privado a pocos metros de distancia para cumplir dicha finalidad de paso.

Siendo por tanto necesario un camino público en la zona, sigue diciendo la Sentencia, difícil será acreditar la oportunidad de la desafectación del ya existente y desde luego no son razones suficientes el hecho de que sea precisa una labor de arreglo y desbrozado, ya que tal situación ha sido motivada por la dejadez municipal en cumplir su obligación de conservarlo y mejorarlo, prevista en el artículo 93.1 del repetido Decreto; ni la de la carestía de la operación, pues al margen de que la negligencia del Ayuntamiento es la que ha llevado a la situación de deterioro, no se valora que la nueva afectación de terrenos privados conllevará también un coste por el precio de la expropiación y, en última instancia, el importe de unas obras de acondicionamiento no es causa justificativa para desafectar un bien cuyo carácter de dominio público responde a una necesidad de uso público; tampoco que sobre el camino público se

hayan instalado elementos privados es argumento para su desafectación, pues los Entes locales pueden recuperar por sí mismos la posesión de sus bienes de dominio público en cualquier momento, dado su carácter de imprescriptible, siendo indiferente si las actuaciones particulares disponían o no de licencia, pues en el caso de haberla obtenido, serían nulas de pleno derecho y así debería declararse en el pertinente procedimiento administrativo. En suma no existen razones de oportunidad en el presente caso para la desafectación, amén de que se infringiría también la legalidad urbanística al modificarse *de facto*, por vía de un expediente como el que nos ocupa, las prescripciones de las Normas Subsidiarias municipales.

Finalmente, procede indicar que no se ha acreditado que la falta de uso sea de más de cuarenta años pues las testificales del expediente administrativo son contradictorias y los documentos obrantes en autos se remontan como mucho a los años 80 del pasado siglo; por otro lado, el Ayuntamiento no acudió al cauce del artículo 24 del Decreto 336/1988, lo que permite suponer que no le resultaba tan evidente la falta de uso durante 25 años, pero, además y en todo caso, las Normas Subsidiarias contemplan dicho camino público por lo que, conforme al artículo 21.1.a) del mismo texto, aun si no hubiera existido antes, desde la aprobación de aquéllas estaría el terreno afectado al dominio público, por lo que existiría la obligación de ejecutar el camino o bien de mantenerlo.

C) Enajenación de bienes patrimoniales. Modificación de las bases del concurso

La STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, Sección Segunda, JUR 2007/323205, se pronuncia sobre la validez de la modificación de las bases de un concurso para la enajenación de un bien mediante el procedimiento de corrección de errores. Posibilidad que niega el Tribunal. En concreto, en la Sentencia se dice que ha de partirse de que, tras la publicación de las bases para la concesión, fue modificado el valor del bien. En consecuencia, dice la Sentencia, no podemos estar de acuerdo con la afirmación, por parte de la Administración, de que se trató de la rectificación de un error material, en el sentido que utiliza el artículo 105.2 de la Ley 30/1992. Como ha dicho la jurisprudencia, los errores materiales y de hecho son aquellos de carácter aritmético, numérico o accidental, ajenos a cualquier juicio, opinión o criterio relacionado con la aplicación de la norma, de manera que su existencia y manifestación es independiente del humano razonamiento (STS de 13 de febrero de 1989). Son errores de hecho aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación. Es evidente, que ello no concurre en este caso. Además, afecta a la publicidad de las licitaciones (artículo 78 del RDLeg. 2/2000) y, por tanto, a la posibilidad de concurrencia. Aunque a esta cuestión sea completamente ajena la Cooperativa que, finalmente, resultó adjudicataria y que, en todo momento, se ajustó a lo establecido en las bases, lo cierto es que la Administración demandada, como indica el recurrente, debería haber dado publicidad a esta esencial modificación de las bases.

D) Enajenación de los bienes patrimoniales. Condiciones para permutar un bien

La STSJ de las Islas Canarias de 27 de febrero de 2007, Sala Tercera, Sección Primera, RJCA 453, se pronuncia sobre las condiciones exigidas para poder permutar un bien y, en particu-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

lar, sobre la exigencia contenida en la legislación de régimen local de justificar la necesidad de la realización de la permuta.

En concreto, en la Sentencia comentada se afirma que la realidad es que el Ayuntamiento aquí no realiza una defensa de la necesidad de proceder a la adquisición de un inmueble mediante permuta, ni aquí, ni en ningún punto del expediente tramitado; toda la argumentación del Ayuntamiento se centra en defender la necesidad de adquirir el inmueble del casco urbano por su evidente valor histórico, pero realmente eso no se lo discute nadie, puede perfectamente admitirse la necesidad e importancia de esa adquisición, pero eso no justifica en modo alguno que tenga que hacerse mediante una permuta de suelo del patrimonio municipal, máxime en un Ayuntamiento con un presupuesto cercano a los 41 millones de euros, que, por su importancia a nivel turístico es uno de los Ayuntamientos que puede calificarse como rico, lo cual es un hecho notorio; por qué para pagar 205.000 euros, teniendo un presupuesto de casi 41 millones de euros, es necesario acudir a la permuta de terrenos de titularidad municipal, eso es lo que el Ayuntamiento no ha justificado en modo alguno; es más no deja de ser extraño que la entidad mercantil adquiriera el inmueble que le interesaba al Ayuntamiento poco más de año y medio antes de que se iniciaran los trámites para la permuta, que además, esté dicha entidad dispuesta a permutar un inmueble en el casco histórico, protegido y con dificultades para su rehabilitación y explotación moderna por la necesidad de mantener la fachada, a cambio de tres parcelas edificables, al final con casi tres alturas, y pagando un precio añadido de 47 euros cuyo destino no se ha justificado por el Ayuntamiento por lo que se ignora si se ha destinado a servicios generales o a otras cuestiones. Las propias Sentencias del Tribunal Supremo que cita la defensa de la Administración demandada, de fechas 15 de junio de 2002, Ar. 5932, 18 de mayo de 2005 y 16 de febrero de 2005, Ar. 2514, defienden posturas totalmente contrarias al criterio mantenido por el Ayuntamiento y precisamente resaltan que es necesario acreditar y justificar la necesidad, no sólo la conveniencia, de acudir a la permuta y no a la subasta que es la regla general.

E) Utilización de los bienes de dominio público. Aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales de acuerdo con la costumbre

En la STSJ de Castilla y León de 28 de mayo de 2007, Sala Tercera, Sección Tercera, JUR 2007/294982, se estudian las normas por las que se rigen los aprovechamientos comunales y, en especial, la relevancia de la costumbre. En ella se parte de que en el artículo 75.2 de la Ley de Régimen Local de 1986 se atribuye a la costumbre un valor prevalente sobre las ordenanzas locales en materia de aprovechamiento y disfrute de bienes comunales. Prevalencia que ha sido reconocida por la jurisprudencia que cita la Sentencia comentada.

Teniendo en cuenta la normativa expuesta, en la Sentencia se dice que la prevalencia de la costumbre, se entiende que en la concreta materia que nos ocupa, no puede obviar la aplicación del bloque de la legalidad vigente y, más en concreto, del bloque constitucional; y en este sentido debemos recordar que, como se establece en el artículo 1 del Código Civil, la costumbre no puede contrariar el orden público, así como que con carácter general no son admisibles las llamadas costumbres *contra legem*. Y la referencia al límite del orden público es de importancia para nuestro litigio, ya que dentro de éste también está el orden constitucional vigente. Así las cosas, es evidente que la costumbre seguida en la localidad de adjudicar los lotes de parcelas comunales por “hogar”, “entendiendo como tal la casa abierta y habitada por un vecino” no

ha de estimarse en modo alguno como contraria al principio de igualdad, ni discriminatoria por razón de sexo, estado civil o edad, todo lo cual nos lleva a la íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo.

F) Prerrogativas de las Entidades locales. La potestad de investigación

En la STSJ de Castilla y León de 15 de junio de 2007, Sala Tercera, Sección Tercera, JUR 2007/311671, se examinan las condiciones para ejercitar la potestad de investigación de los bienes de las Entidades locales y su diferencia con las restantes potestades. Así, en ella se afirma que la potestad de investigación tiene por objeto averiguar la situación de aquellos bienes cuya titularidad no consta pero respecto de los que existen indicios de que pudieran corresponder a la Entidad local y que suponen un conjunto de actuaciones encaminadas a esclarecer, en la esfera interna de la propia Administración, la eventual titularidad pública de determinados bienes como trámite o presupuesto previo al resto de las potestades (deslinde, recuperación de oficio, etc.), mientras que el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio de terrenos de dominio público indebidamente ocupados, permite a los Ayuntamientos y demás Entidades locales restablecer por sí mismos la situación posesoria preexistente, poniendo fin a la perturbación cometida por terceros mediante la utilización de “todos los medios compulsorios legalmente admitidos” (artículo 71.3 RBEL).

Y sigue diciendo la Sentencia comentada, aunque el artículo 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que “las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos”, y en el mismo sentido el artículo 9.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y el artículo 220.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, es evidente, sin embargo, que el ejercicio de las distintas potestades está subordinado a la concurrencia en cada caso de los presupuestos que las justifican, lo que aquí no acontece, pues sobre la base de que, en relación con la potestad de investigación, el propio artículo 48 del Reglamento de Bienes establece que “recibida la denuncia o comunicación, y antes de acordar la apertura del expediente, se procederá a un estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción investigadora”. Teniendo en cuenta lo indicado y las pruebas aportadas, es clara la plena justificación de la ausencia de ejercicio de las potestades que el actor postula en la medida en que la Junta Vecinal no tenía duda alguna acerca de la no pertenencia a su favor del terreno cuestionado.

Todo ello se entiende, como dice la Sentencia citada, sin perjuicio de que el vecino interponga las acciones pertinentes en defensa del patrimonio local y ante la inactividad municipal, tal y como prevé el artículo 68 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local –y en el mismo sentido el artículo 220 del Reglamento de Organización–, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1999, en interpretación de tales preceptos, que “ante la inactividad municipal lo que procede no es pedir sin más la nulidad del acuerdo de cesión y que se obligue al Ayuntamiento a ejercer las acciones reintegratorias que estiman los vecinos ser procedentes; son éstos los que ante la pasividad municipal, actuando en nombre y representación del Ayuntamiento en un ejercicio legalmente establecido de legitimación por sus-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

titución, ejercitan las acciones que estimen oportunas contando con la obligación municipal de facilitar a los vecinos actuantes datos y medios de prueba para accionar ante la jurisdicción competente y con derecho a reintegro de gastos y daños y perjuicios caso de prosperar la acción en los términos señalados anteriormente”, lo que no ha hecho el recurrente.

G) Prerrogativas de las Entidades locales. El deslinde administrativo

En la STSJ de las Islas Baleares de 26 de junio de 2007, Sala Tercera, Sección Primera, RJCA 655, se reiteran las condiciones que se exigen a las Entidades locales para poder ejercitar la prerrogativa de deslinde. En concreto, citando diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, se afirma que la doctrina jurisprudencial exige, en concordancia con los términos normativos aplicables, que exista precisión en la titularidad administrativa de los bienes inmuebles sobre los que se articula la acción de deslinde. Condición que no se da en el caso enjuiciado, por lo que es suficiente con que existan dudas relevantes, probadas, acerca de la veraz titularidad pública de parte del terreno sobre el que se ha producido el deslinde de la finca registral para que éste sea considerado ilegal por parte de la Sala, sin que este fallo conlleve emisión de pronunciamiento judicial alguno acerca la titularidad de los espacios de terreno donde se ha planteado la controversia, por cuanto el establecimiento acerca de cuál de los litigantes es su propietario corresponde a otra jurisdicción distinta a la contencioso-administrativa: la jurisdicción civil.

H) Prerrogativas de las Entidades locales. La potestad de recuperación de oficio

En la STSJ de Castilla y León de 17 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección Tercera, JUR 2007/235566, se examinan los requisitos formales para que una Entidad local pueda ejercitar la citada prerrogativa. Así, partiendo de la regulación contenida en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y el Reglamento de Bienes de 1986, se dice que aplicando tales previsiones legales y reglamentarias al caso de autos se aprecia el defecto invocado de la ausencia del procedimiento legalmente establecido, pues falta el acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañe los documentos acreditativos de la posesión invocada, y la audiencia previa a los interesados, defectos formales que causan indefensión a la parte recurrente por lo que sin enjuiciar la cuestión de fondo debatida concerniente a la posesión pública o privada del muro de la calle, situado enfrente de la vivienda núm. 12 de la citada calle, procede estimar el recurso y declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, por concurrir la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la citada Ley 30/1992.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Procedimiento sancionador: problemas de caducidad del procedimiento

Se discute en la STS de 5 de junio de 2007 (recurso de casación 7616/2003), Ar. 4827, la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 21 de enero de 2000, relativa a la sanción de multa en materia de aguas con obligación de retirar la totalidad de las tierras y restos depositados sobre el cauce y las zonas de policía y servidumbre del Arroyo de la Plata, en restitución del régimen hidráulico del Arroyo al estado que tenía en la situación anterior de efectuarse el depósito de escombros, reparando los desperfectos causados al dominio público hidráulico. Dicha Orden es recurrida por la entidad mercantil “Obras con Huarte Lain, SA” en reposi-

ción y posteriormente ante la Audiencia Nacional (Orden de 31 de octubre, por la que se desestima el recurso de reposición), siendo estimado el recurso por la Sala de lo Contencioso-Administrativo dada caducidad del procedimiento administrativo sancionador apreciada por la Sala de instancia a través de Sentencia de 25 de junio de 2003.

En opinión del TS ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada y se estima el recurso contencioso-administrativo, casando la sentencia de instancia dada la inexistencia de caducidad en aplicación de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, la cual añade una Disposición Adicional Sexta, en relación con los “Plazos en expedientes sobre el Dominio Público Hidráulico”, en la que se dispone que a los efectos previstos en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJ-PAC, el plazo para resolver y notificar la resolución de procedimientos sancionadores y otras actuaciones referentes al dominio público hidráulico es de un año.

Pero casada la sentencia de instancia por los anteriores motivos (falta de caducidad), el TS resuelve el recurso contencioso-administrativo en los términos establecidos en el artículo 95.2, apartados c) y d), de la LJCA, al estimarse la existencia de infracciones procesales (falta de la notificación de la propuesta de resolución y ausencia de traslado de pruebas al presunto infractor) y declara, en cuanto al fondo del asunto, la nulidad de las Órdenes Ministeriales impugnadas, de 21 de enero y 31 de octubre de 2000, así como de la sanción impuesta.

**B) Trasvases: competencias para autorización de trasvases y valoración del volumen de aguas trasvasadas.
No existe el derecho a recibir agua en el trasvase Tajo-Segura**

En la extensa STS de 20 de junio de 2007 (recurso de casación 8930/2003), Ar. 4873, el TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, contra el Acuerdo de fecha 28 de noviembre de 1997, adoptado por la Comisión Central de Explotación de Acueducto Tajo-Segura, por el que se aprobó una regla de explotación para la programación de trasvases.

En síntesis, los argumentos del Sindicato Central de Regantes consisten en que existiendo aguas excedentarias, según se deduce de lo establecido a tales efectos en el artículo 23.2 del Plan Hidrológico de la Cuenca del Tajo (Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999, por las que se publican las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Tajo), y en tanto en cuanto no se supere el máximo legalmente establecido de 600 Hm³ de volumen de agua a trasvasar, existe el derecho al trasvase que se reclama, el cual sin embargo no fue concedido por la Comisión Central de Explotación en aplicación de la “Regla de Explotación para la Programación de Trasvases del Acueducto Tajo-Segura” que, según el recurrente, supone una vulneración de las leyes reguladoras del Trasvase Tajo-Segura (en concreto, la Ley 21/1971, de 19 de junio, de Aprovechamiento Conjunto Tajo-Segura y la Disposición Adicional Primera de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de Régimen Económico de Explotación del Acueducto Tajo-Segura), las cuales prevén un volumen total de 600 Hm³ anuales. Asimismo, el Sindicato de Regantes basa un segundo motivo de impugnación en que la dotación anual de agua a tras-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

vasar para el abastecimiento de poblaciones excede de la máxima establecida en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 52/1980 y no respeta la regla de la proporcionalidad que pretende deducir de dicha Ley en su Disposición Adicional Primera.

Tales motivos de impugnación son rechazados por el TS en su sentencia. Por lo que se refiere a la legalidad de la denominada Regla de Explotación, el Tribunal considera que no existe vulneración alguna del principio de reserva de Ley (derivado del artículo 43 de la Ley de Aguas) en tanto en cuanto la Regla de Explotación no supone el establecimiento obligatorio de condiciones de transferencias hidráulicas, sino una simple previsión técnica indicativa realizada por la Comisión Central de Explotación en el ejercicio de sus competencias. Mas aun, el TS considera que “en ningún momento la normativa alegada por el Sindicato Central de Regantes consagra el derecho al trasvase”, sino que el mandato de la Ley 21/1971, de 19 de junio, está en establecer una posibilidad de transferencia de caudales —que no un derecho— con un límite concreto (600 Hm³). El TS argumenta en su FJ 6º que la Exposición de Motivos de la Ley 21/1971 deja muy claro que como consecuencia del trasvase los distintos usuarios de la cuenca del Tajo no han de ver mermadas sus posibilidades por escasez de recursos hídricos, y deduce que una norma con rango de Ley (la Disposición Adicional Novena de la citada Ley 52/1980) dispone que la Administración adoptará las medidas pertinentes a tal fin, para que la regulación adecuada a las aguas que se trasvasen sean en todo momento excedentarias, para lo cual una norma de desarrollo de la anterior (el Real Decreto 2530/1985, de 27 de diciembre, sobre el régimen de explotación y distribución de funciones en la gestión técnica y económica del Acueducto Tajo-Segura) atribuye dichas competencias y funciones, relativas a la adopción de las medidas pertinentes, a la Comisión Central de Explotación, la cual establecerá reglas de explotación de los embalses con el fin de procurar que no se llegue a las circunstancias hidrológicas de escasez.

En relación con la argumentación del recurrente, relativa el indebido incremento de la cuantía de los trasvases para abastecimiento, el TS insiste en los motivos ya esgrimidos por la sentencia de instancia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2003), en el sentido de reiterar el principio de preferencia o prioridad previo para las dotaciones de abastecimiento a poblaciones frente al regadío. El TS reconoce que el artículo 58 de la LAg. está dedicado a la regulación de las concesiones administrativas en materia de aguas, y que como regla general establece, a los efectos de su otorgamiento, el orden de preferencia que haya establecido el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca; criterio preferencial del Plan que ha de conectarse con el punto 3 del artículo 58 en el cual se establece “con carácter general” un orden de preferencia para el supuesto de que éste no estuviera establecido en el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca, orden este que es encabezado por el “Abastecimiento de población” seguido, en segundo lugar, por los “Regadíos y usos agrarios”.

Por todo lo anterior, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, procediendo a su condena en las costas.

C) Infracciones y sanciones: exceso de volumen de agua extraído para explotación de finca. Infracción improcedente

La STS de 20 de junio de 2007 (recurso de casación 5/2005), Ar. 5345, anula el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de octubre de 2004, por el que se impuso a una Comunidad de

Bienes sanción con multa y obligación de indemnizar los daños a dominio público hidráulico por haber extraído un volumen de agua superior al máximo reconocido en la resolución de inscripción de derechos en el Registro de Aguas, como aprovechamiento de aguas privadas. Tal conducta es tipificada como infracción en el artículo 116.3.b) y g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas y calificada como muy grave por los artículos 117 de la misma Ley y 317 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Pero, en relación con el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros y la sanción impuesta por el exceso de volumen de agua extraído por los copropietarios de la finca, declarándose éste superior a los 3.392.000 metros cúbicos anuales reconocidos en la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 6 de agosto de 1998, el TS esgrime que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado se basó en un dato que por sentencia firme ha sido declarado inexacto, cual es el aprovechamiento de aguas reconocido por la citada resolución de la Confederación. Al respecto el Tribunal señala que por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha de 11 de mayo de 2006, se declara y establece como volumen de riego para la explotación de la finca en cuestión, una cantidad de 7.900.000 metros cúbicos anuales en relación con el aprovechamiento inicialmente reconocido por resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (3.392.000 metros cúbicos anuales), no habiendo en consecuencia exceso de aprovechamiento. Razón por la cual el Acuerdo impugnado se declara contrario a derecho.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del demanio costero: integra en el dominio público las dependencias que reúnen las condiciones requeridas natural y normativamente

Es sabido que a través del ejercicio de la potestad de deslinde pretenden encuadrarse 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 los escarpes y bermas a que se refiere el artículo 3.1.b) de la Ley de Costas (STS de 20 de febrero de 2007, Ar. 4349). Y también el de las zonas naturalmente inundables mencionadas en el apartado a) del mismo precepto que, aunque su cobertura por las aguas del mar haya sido impedida por medios artificiales, no ven altera su naturaleza demanial, que tiene carácter permanente (STS de 3 de octubre de 2007, Ar. 5502).

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: prohibición de edificaciones en la zona de servidumbre de protección

La imposición de limitaciones a 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 constituya, en este sentido, una excepción. Como hemos repetido en múltiples ocasiones, su finalidad se sitúa tanto en la cumplimentación de necesidades generales como, sobre todo, en

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

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 edificaciones destinadas a residencia o habitación, resultando nulas las licencias otorgadas al efecto. Así lo recuerda la STS de 25 de abril de 2007, Ar. 5206.

C) Puertos

a) El cierre de un Puerto fronterizo al cruce de personas sin atender a sus circunstancias de hecho supone un ejercicio incorrecto de la discrecionalidad de la Administración portuaria

La STS de 31 de julio de 2007, Ar. 4897, se pronuncia sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decidió, en el marco de la operación “Paso del Estrecho 2004”, el cierre temporal del Puerto de Tarifa como puesto habilitado para el cruce de personas. El Tribunal, al examinar los hechos determinantes de esta decisión discrecional, concluye que la Administración no hizo un uso correcto de su discrecionalidad técnica, puesto que no tuvo en cuenta las circunstancias de hecho de dicho Puerto. Y buena muestra de ello es que, disponiendo de las mismas infraestructuras y dotaciones, no se adoptó una decisión semejante los años siguientes, limitándose el Consejo de Ministros a imponer algunas restricciones al paso de personas, sin cerrarlo a su cruce como frontera. Aunque es cierto que aquel Acuerdo no vulnera, como pretendían los recurrentes, los principios de buena fe, seguridad, confianza legítima, base del negocio y actos propios —dado su carácter coyuntural y su anuncio previo—, sí impide que el acto alcance el fin de defensa de la seguridad jurídica sin necesidad de proceder a dicho cierre. Por ello, declara su anulabilidad.

b) Los servicios portuarios prestados mediante contrato de gestión de servicios públicos requieren concesión otorgada a través de concurso público

El servicio de amarre y desamarre de buques que corresponde a la Administración portuaria puede ser objeto de prestación indirecta a través del contrato de gestión de servicios públicos. En estos casos, se requiere al efecto el oportuno título concesional, adjudicado mediante concurso público que garantice los principios de publicidad y concurrencia (artículos 156.1 y 159 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Por esta razón, la STS de 27 de marzo de 2007, Ar. 4058, considera nulo el Acuerdo de la Autoridad Portuaria que, al aprobar el pliego de bases y de cláusulas de explotación, señala la autorización como título suficiente.

c) La concesión de uso privativo de espacios portuarios se otorga discrecionalmente conforme al pliego de bases aprobado por la Administración

El uso privativo de las dependencias portuarias requiere previa concesión administrativa, adjudicada a través del correspondiente concurso. Este concurso se sustanciará conforme al pliego de bases aprobado al efecto por la Administración, que elegirá en su relación la propuesta más ventajosa. Existe, pues, un evidente componente discrecional en la decisión administrativa, en la medida en que debe valorar en conjunto, y desde el prisma ofrecido por dicho

pliego, las propuestas presentadas. Discrecionalidad que se constata en el supuesto enjuiciado por la STS de 4 de abril de 2007, Ar. 4087, rechazándose la alegación de desviación de poder planteada por los recurrentes al no quedar probado del análisis de los hechos determinantes de la decisión el ejercicio de la potestad administrativa para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico.

5. CARRETERAS Y CAMINOS

A) Valor jurídico de los Estudios de Detalle en el procedimiento de planificación de carreteras

La STS de 24 de octubre de 2007, RJ 2007/8164, aborda la naturaleza jurídica y el lugar que, en consonancia con ella, tienen los Estudios Informativos en el marco de la planificación de carreteras —estatales—. Para ello recuerda la caracterización que de ellos se contiene en los artículos 7 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y 25 de su Reglamento de desarrollo, en los que se conciben como documentos a través de los que la Administración define en líneas generales del trazado de una carretera proyectada con el fin de servir de base al trámite de información pública, ponderando los múltiples y a veces contradictorios intereses de carácter económico, social y medioambiental, vinculados a la ordenación del territorio y la articulación de un sistema viario coordinado e interrelacionado, y cuya elaboración se integra en la potestad de planificación y ordenación de las carreteras estatales. A partir de este dato, razona y concluye el Tribunal que estos instrumentos pueden presentarse como una “actuación de trámite” no independiente y preliminar integrada en el marco de las labores de proyección del trazado de una carretera —estatal— respecto de la que si bien no puede dejar de reconocerse un carácter sustancial, tampoco desconocerse que se incardina en un complejo iter procedimental jalonado por la elaboración de forma consecutiva de distintos documentos —Estudio de planeamiento, Estudio previo, Estudio informativo, Anteproyecto, Proyecto de construcción y Proyecto de trazado—, a través de los cuales se va definiendo el trazado y características definitivas de una carretera, a efectos de que pueda dar base al expediente de información pública que se incoe, en su caso, y ser aprobado definitivamente por el órgano correspondiente a la vista de las observaciones y alegaciones formuladas.

En la sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación de lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley de Carreteras y 33 de su Reglamento de desarrollo, en los que se regula un mecanismo de articulación entre las competencias del Estado en materia de planificación, proyección y ejecución de las carreteras estatales y de las competencias de planeamiento urbanístico que corresponden a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos. En concreto, establecen que cuando el Estado pretenda construir una carretera o variante no incluida en el planeamiento urbanístico vigente habrá de remitir el Estudio Informativo correspondiente a las Comunidades Autónomas o Entes Locales afectados, para que en el plazo de un mes examinen si el trazado propuesto es el más adecuado a los intereses globales y, en definitiva, informen al respecto. Pues bien, partiendo de una interpretación lógica, sistemática e integradora de las disposiciones que regulan todo este procedimiento, el Tribunal despeja el alcance y significado de este mecanismo de participación a través del que

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

se pretende conjugar y armonizar los intereses generales y los intereses autonómicos y locales afectados por la ejecución de la obra viaria, y que no es sino una manifestación del principio de coordinación administrativa que reconoce el artículo 103 de la Constitución de 1978.

Considera el Tribunal que una interpretación lógica, sistemática e integradora de las disposiciones analizadas, conmina a entender que la intervención del Consejo de Ministros, a que alude el segundo inciso del artículo 10.1 de la Ley 25/1988 habrá de tener lugar, en el caso de que los entes autonómicos y locales informados planteasen su disconformidad con el Estudio informativo que se les hubiese remitido, pero, una vez éste se hubiese aprobado definitivamente por el Ministerio de Fomento, es decir, que no cabe insertar un trámite complementario o autónomo de remisión del expediente al Consejo de Ministros para que resuelva las eventuales discrepancias que se hubiesen podido plantear justificadamente por las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales afectadas en el trámite de participación que se les reconoce. Sostiene el Tribunal que, con esta intervención del Consejo de Ministros lo que se busca es decidir, a la vista de las manifestaciones que se hubiesen formulado, si procede, por razones de interés general, ejecutar el proyecto aprobado, del que resultaría, en su caso, la modificación o revisión del planeamiento urbanístico afectado, a fin de acomodarlo al trazado definitivo previsto para la carretera, que debería ser adoptada por las autoridades competentes, o no. Interpretación que le conduce a sostener que es el Acuerdo del Consejo de Ministros el acto que tiene la virtualidad de servir para, en su caso, ordenar una revisión del planeamiento urbanístico correspondiente, que debería ejecutarse siguiendo el procedimiento ordinario de revisión de planes que proceda.

En este sentido, recuerda la resolución que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, —recogida entre otras en su Sentencia de 1 de febrero de 2003, RJ 2003/986— y fundada en el reconocimiento del principio de concentración procedimental, que no cabe la impugnación en sede judicial de forma autónoma o separada de aquellos actos de trámite no cualificados, que no pongan fin al procedimiento, por insertarse en una estructura procedimental compleja, —en este caso, la aprobación del proyecto de una obra de infraestructura viaria—, pues no son resoluciones que contengan una manifestación de la voluntad definitiva de la Administración. En efecto, la admisión de recursos contencioso-administrativos contra esta clase de actos administrativos incidentales haría inviable la ejecución de la obra pública.

Entiende, asimismo, el Tribunal que el procedimiento contemplado en el artículo 10.1 de la Ley de Carreteras permite conjugar y armonizar los intereses generales y los intereses autonómicos y locales afectados por la ejecución de la obra viaria, porque la integración de actos singulares, que permiten la acción conjunta de las diversas Administraciones en la planificación y ejecución de las redes de carreteras, no encierra una sustracción o menoscabo injustificado de la titularidad de las competencias normativas y procedimentales en materia de urbanismo de los entes territoriales coordinados. Se completa el razonamiento global de la sentencia recordando la consolidada doctrina del Tribunal Supremo, —expuesta, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de abril de 2005, RJ 2005/3600— según la cual la potestad de planificación de las carreteras que corresponde a las Administraciones Públicas se caracteriza por su discrecionalidad, esto es, porque al desarrollarla las autoridades públicas conservan un margen de apreciación en el ejercicio de esta competencia, en orden a definir las características de los esquemas viarios para poder concretizar el trazado de las carreteras.

En concordancia con todo lo indicado, entiende el Tribunal que el Estudio Informativo no debe contemplar necesariamente diferentes alternativas de trazado, porque la Administración tiene la capacidad de seleccionar aquellas opciones viarias que considere más razonables desde la perspectiva de armonizar equilibradamente los intereses públicos concurrentes. Es así que concluye —acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, —expresada en la Sentencia de 30 de marzo de 2004 (RJ 2004/1906)— que no cabe entender trasgredidos los límites del ejercicio de la potestad discrecional, por no incluirse en el Estudio informativo una pluralidad de variantes. “la definición de las líneas generales”, “el análisis de las ventajas, inconvenientes y costes de las opciones y su repercusión” y “la selección de la opción más recomendable”, que debe contener un Estudio informativo tiene un carácter eminentemente técnico, que se corresponde con el poder de decisión inherente al ejercicio de la potestad discrecional en este ámbito proyectivo de las infraestructuras viarias, sin que, en consecuencia, al hilo de la posibilidad prevista en el artículo 10 de la Ley de Carreteras, quepa reconocer que las Comunidades Autónomas o los entes locales tengan atribuida la facultad de imponer unilateralmente un determinado trazado de la autopista proyectada en contra de las decisiones adoptadas por quien tiene competencia para ello.

B) Valoración del suelo expropiado para la construcción de carreteras

En la STS de 25 de septiembre de 2007, RJ 2007/7014, se vuelve a tratar una cuestión durante algún tiempo controvertida pero que parece haber quedado ya resuelta. Aborda la cuestión de la valoración que corresponde a los terrenos que puedan tenerse que expropiar para la ejecución de infraestructuras públicas supramunicipales, en este caso, integradas en el dominio público viario. En sus alegaciones los recurrentes pretenden se les aplique la solución que a partir de las SSTS de 29 de enero y 9 de mayo de 1994 fue luego reiterada en algunos otros pronunciamientos judiciales. Conforme a ésta el suelo expropiado con la finalidad de ejecutar sistemas generales supramunicipales habría de valorarse como suelo urbanizable aunque en los instrumentos de planeamiento urbanístico apareciese clasificado como suelo no urbanizable. Cuando sentó esta doctrina el Tribunal Supremo pasaba por alto que las expropiaciones verificadas en orden a la obtención de terrenos para la ejecución de sistemas generales supramunicipales no responde a la categoría de expropiaciones urbanísticas y, por tanto, no descansan en idénticos principios. Pese a que esta doctrina jurisdiccional, no fue absolutamente lineal, desencadenó un considerable revuelo así como una desproporcionada revalorización de suelos no urbanizables por medio de la aplicación indebida de principios urbanísticos.

La corrección de esta tesis interpretativa se acometió por vía legal, pues a través del artículo 104 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, se incluyó en el entonces vigente artículo 25 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, un párrafo segundo específicamente referido a la valoración del suelo destinado a acoger infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, bien autonómico bien estatal, que establecía que estos terrenos estuvieran o no incorporados al planeamiento urbanístico se valorarían atendiendo a la clase de suelo en que se ubicasen o por la que discurriesen y sólo cuando el planeamiento urbanístico los hubiese incluido en algún ámbito de gestión, a los efectos de su obtención a través de los mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas, se valorarían en función del aprove-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

chamamiento atribuido de dicho ámbito, de la forma prevista en esa Ley. Y ésta es la filosofía que actualmente se recoge en el artículo 21.2 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

Pues bien, la sentencia que se comenta recuerda que ya desde su Resolución de 14 de febrero de 2003, RJ 2003/3076, el Tribunal Supremo procedió a enmendar la línea jurisprudencial a la que se ha aludido y que ya en diversos pronunciamientos, —como en sus Sentencias de 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6991) o de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/8842)— ha tenido ocasión de rectificarla acomodándose a la legislación mencionada.

En concreto en la sentencia que ahora se comenta declara el Tribunal que ninguna norma permite calificar un suelo a efectos expropiatorios como urbanizable, siquiera sea a efectos valorativos, por el simple hecho de ser expropiado para la construcción de una obra pública de interés general. Es por ello que sólo cuando, tratándose de vías interurbanas, ella está integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en su Plan de Ordenación, ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que una finca está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal. Este criterio argumental lo extrapola algo más allá y en esta sentencia razona el Tribunal que la simple calificación del suelo como incluido en la reserva de terrenos de posible adquisición para constitución o ampliación del patrimonio municipal del suelo, no refleja nada más que una simple posibilidad o expectativa, pero mientras esa adquisición no se materialice constituye una mera eventualidad insuficiente para modificar, siquiera sea a efectos valorativos, la calificación del suelo.

6. VÍAS PECUARIAS: DESAFECTACIÓN TÁCITA

La pérdida de la condición jurídica de bien demanial ha de producirse normalmente de forma expresa, habiendo sido, ciertamente, la admisibilidad de las desafectaciones tácitas un tema debatido tanto en sede doctrinal como jurisprudencial. Si bien el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 mencionaba explícitamente esta forma de salida del demanio, no se incluía como tal en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 ni, actualmente, en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. No obstante, se viene considerando que la no inclusión de esta posibilidad no es tan clara que permita negarla, llegándose a admitir en algunos casos como el relativo a la aprobación de planes urbanísticos en los que bienes que hasta entonces eran de dominio público no se presentan como tales. La **STS de 10 de diciembre de 2007**, JUR 2008/209, se refiere a esta cuestión desde el punto de vista de una categoría concreta de bienes demaniales: la vías pecuarias, cuya regulación vigente se encuentra en la Ley 3/1995, de 23 de marzo. En la resolución citada se asume el parecer sentado en la instancia, que plantea la dificultad de aceptar la desafectación tácita de bienes de dominio público y se sostiene que la calificación urbanística del suelo en los instrumentos de planeamiento no puede afectar a su naturaleza desde el punto de vista de su demanialidad al tener tales instrumentos una finalidad distinta. De tal modo que para que tuviera lugar la desafectación prevista en la Ley de Vías Pecuarias hubiera sido preciso seguir algunos de los cauces previstos al efecto (artículos 10 y ss. de la Ley 3/1995 y el Real Decreto 2876/1978), sin que conste, en el caso enjuiciado, que así se hubiese hecho.

7. MINAS: CARÁCTER RESTRICTIVO DE LOS RECURSOS DE LA SECCIÓN A) DE LA LEY DE MINAS

Explica la STS de 21 de diciembre de 2007, JUR 2008/10933 (aún no tiene referencia Aranzadi asignada), que uno de los fines que inspiraron la reforma que la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, operó respecto de su predecesora, fue simplificar la clasificación de los yacimientos minerales de origen natural, para hacerlo más congruente con los requerimientos de tipo económico, técnico y científico. En lo que a los recursos se refiere, este propósito se tradujo en un intento de flexibilizar los criterios de clasificación aplicable a ellos, con el objeto de soslayar los inconvenientes que una estructuración rígida plantearía. Partiendo de este recordatorio, señala la Sentencia que de la clasificación de los yacimientos minerales y de los demás recursos geológicos que la Ley de Minas efectúa en el artículo 3 se desprende que en la Sección C) se incluyen los que no tienen cabida en ninguna de las otras previstas.

No obstante lo antedicho, al objeto de aclarar, atemperar y establecer unas pautas de aplicación de la Ley acordes con la realidad, no es de extrañar que se habilite al Gobierno para que, en determinadas circunstancias, se pudiesen trasladar los recursos de una a otra Sección mediante un sistema respetuoso con las garantías jurídicas de los interesados y con los derechos previamente adquiridos. Es así que el Real Decreto 107/1995, de 27 de enero, fija los criterios de valoración para configurar la Sección A) de la Ley de Minas, determinando en su artículo 1.b) que para que unos recursos queden comprendidos en ella es preciso que se den de forma concurrente y acumulativa los tres requisitos que en él se mencionan: que el valor anual en venta de sus productos no alcance una cantidad superior a 100.000.000 de pesetas, que el número de obreros empleados en la explotación no exceda de 10 y que su comercialización directa no exceda de 60 kilómetros a los límites del término municipal donde se sitúe la explotación.

En este marco, en la sentencia indicada el Tribunal Supremo confirma que basta con que no concurra una de las tres condiciones previstas para que unos recursos hayan de entenderse enmarcados en la Sección C). Se afirma que una interpretación lógica, sistemática y teleológica del artículo 1 del Real Decreto citado, que no contradice su significado literal, lleve a entender que dicho precepto reglamentario configura positivamente los criterios para que unos yacimientos deban clasificarse en la Sección A) y, a la vez, negativamente, dispone que recursos deben integrarse en la Sección C), por no estar incluidos ni en la Sección A) ni en la Sección B), conforme determina el artículo 3 de la Ley de 21 de julio, de Minas, y que no se haya acordado incluir en la Sección D), conforme autoriza el artículo 1 de la Ley 54/1980, de 5 de diciembre, que serán aquellos en que no concurran las circunstancias que se indican en dicha disposición.

De la combinación de los preceptos citados, sostiene, se infiere el carácter restrictivo de la configuración de la Sección A) en la Ley 22/1973, de Minas, puesta de relieve también en otras sentencias del Tribunal Supremo —como la de 2 de junio de 1998, RJ 1998, 5712— en las que se reconoce que el criterio de la Ley es evidentemente restrictivo, reservando para la Sección A) y sometiendo al régimen jurídico derivado de tal inclusión, solamente aquellas actividades extractivas de no gran importancia, en que no exista ningún procedimiento de transformación o

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

manipulación, con excepción de las operaciones de arranque (extracción), quebrantado (fragmentación) y calibrado (medida), y que además su única finalidad sea la utilización directa de lo obtenido, sin precisar de ningún tipo de proceso mecánico o químico.

Esta solución obedece a la misma finalidad de la norma que, se reconoce, no es otra que la de acomodar la regulación vigente a la realidad económica de la explotación de áridos. Dada la importancia que hoy en día ésta ha alcanzado, se considera que deben quedar incluidos en mayor medida entre los recursos de la Sección C), pues así podrán acceder a los beneficios fiscales derivados de la aplicación de la Ley 6/1977, de 4 de enero de fomento de la minería.

8. PATRIMONIO HISTÓRICO: LA DEMARCACIÓN AUTONÓMICA DEL PERÍMETRO DE UNA ZONA O RECINTO DE INTERÉS CULTURAL PUEDE INTEGRAR UN BIEN DEMANIAL DE TITULARIDAD ESTATAL

Por su parte, la STS de 6 de noviembre de 2007, RJ 2007/8177, determina que la declaración autonómica de bien como de interés cultural con la categoría de Conjunto Histórico que recaiga sobre un recinto en el que se incluya un bien de dominio público estatal, es legítima, y no puede argüirse para negar esta posibilidad que se trata de un bien adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado o que forme parte del Patrimonio Nacional, pues —a juicio del Tribunal— pretender que un bien declarado integrante del Patrimonio Histórico de la Comunidad Autónoma no forma parte del Patrimonio Histórico Español, es violentar la Constitución y negar la existencia de una nación española y de un Estado español. Para justificar esta solución en la sentencia se alude a pronunciamientos del Tribunal Constitucional como su Sentencia 77/1984, en la que se sienta “la atribución de una competencia sobre un ámbito no impide, necesariamente, que se ejerzan otras competencias en ese espacio” o que “el dominio público no es un criterio utilizado en nuestra Constitución para delimitar competencias”, por lo que “el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción del territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten”.

Desde esta óptica, en última instancia, dicha declaración no implica que producido un supuesto de conflicto no haya de respetarse el ejercicio legítimo por otras Administraciones de sus competencias, así como atender a la totalidad de los intereses públicos implicados, garantizando la prevalencia del bien jurídico más relevante, por lo que la inclusión no impide que el Estado, en su caso, pueda ejercer potestades exorbitantes sobre el bien en caso de circunstancias extremas.

9. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales

a) Canon de aducción de Castilla-La Mancha y defensa de la autonomía local

El ATC de 3 de julio de 2007 inadmite conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo en relación con el canon de aducción por la prestación a dis-

tintos municipios del servicio de abastecimiento de agua en alta establecido por la Comunidad Autónoma. Según el Tribunal Constitucional, el municipio que plantea el conflicto carece por sí solo de legitimación para hacerlo, pues no es el destinatario único de la disposición cuestionada, resultando intrascendente el hecho de que con la demanda se aporten los acuerdos plenarios de otros municipios en el mismo sentido.

El conflicto se había planteado contra el precepto de la Ley de Presupuestos que fijaba la tarifa para el año 2007. Se decía en él que vulneraba el artículo 134.7 de la Constitución (prohibición de determinadas medidas tributarias en la Ley de Presupuestos) así como la autonomía local constitucionalmente garantizada, en especial, en su vertiente financiera.

En lo relativo a la vulneración del principio constitucional de autonomía local, el escrito de promoción argumenta que el incremento del canon, decidido unilateralmente y sin justificación por la Comunidad Autónoma, iba en contra de la buena fe que ha de regir la relación entre las Administraciones públicas, y explica los antecedentes del sistema de abastecimiento. Decía el Ayuntamiento que el incremento del gravamen reduciría su capacidad efectiva para gestionar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos.

b) Tasas por el servicio de distribución de agua potable

La STSJ de Galicia de 31 de enero de 2007, JT 867, trata de la tasa por distribución de agua de Pontevedra, en el caso particular de distribución a otros municipios limítrofes, estimando en parte el recurso interpuesto por uno de esos ayuntamientos (Sanxenjo).

En la parte que más nos puede interesar, el Ayuntamiento demandante solicita la declaración de nulidad de aquellos apartados de la Ordenanza Fiscal que vulneran o conculcan el principio de autonomía local, en concreto, el contenido del apartado d), del inciso 3, segundo, del artículo 6 de la Ordenanza, al establecerse una cuota de consumo de 0,14 euros/m², por el agua procedente de una determinada estación, que el Ayuntamiento demandado destina para disponibilidad y consumo de otros Ayuntamientos.

Señala el TSJ que

“no basta para que surja el hecho imponible de la Tasa, como tributo local, con la prestación de un servicio público o la realización de una actividad, técnica o de otra índole, de la competencia del Ente local, sino que la prestación del servicio o la actividad administrativa de la competencia local deben reunir la nota de que ‘afecten o beneficien de forma particular a los sujetos pasivos’ (...), de tal suerte que cuando el beneficio no es individualizado por referencia a persona o personas concretas sino que participa en él, de forma indiscriminada, la colectividad, no cabrá hablar de hecho imponible generador de tasas (...)”

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Dicho esto, explica que ésta es la circunstancia que concurre en el supuesto de autos, ya que

“se trata de un suministro que no aprovecha específicamente a los citados Ayuntamientos como tales entes territoriales, sino al conjunto de los ciudadanos y entidades residenciados en sus respectivos términos municipales, y lo que la Ordenanza hace es regular una suerte de Tasa por tal suministro, con lo que ya se concluye que faltaría el hecho imponible de la Tasa, o dicho de otra forma, el Ayuntamiento demandado estaría regulando, a través de dicha Ordenanza, y bajo la apariencia de una tasa, cuya fijación compete sin duda al Ayuntamiento de forma unilateral, un precio de agua suministrada a otros Ayuntamientos para abastecimiento de la población, pues dicho suministro ya se produzca por acuerdo de los Ayuntamientos implicados, o bajo la fórmula consorcial u otra equivalente, requiere de la intervención y aprobación de la correspondiente Comunidad Autónoma, y el precio que se convenga no está liberalizado, sino intervenido, precisando, asimismo, la intervención del órgano competente fiscalizador de la Comunidad Autónoma”.

A la vista de lo cual, anula el precepto de la Ordenanza Fiscal.

B) Puertos

En números anteriores de esta Revista hemos hecho referencia en incontables ocasiones a la problemática de las prestaciones exigidas por las autoridades portuarias, desde el punto de vista del principio de reserva de ley. Nos limitamos a señalar ahora que continúan dictándose sentencias centradas en esta cuestión, algunas de las cuales enumeramos a continuación: SSTSJ de Galicia de 31 de enero de 2007, JT 810, 813 y 814; de Cantabria de 14 de febrero de 2007, JT 918, de 16 de febrero de 2007, JT 917, de 21 de marzo de 2007, JT 903, de 22 de marzo de 2007, JT 902, de 3 de abril de 2007, JT 897 y de 25 de mayo de 2007, JT 1109; de Asturias de 13 de febrero de 2007, JT 920 y de 30 de marzo de 2007, JT 898; y de Cataluña de 21 de mayo de 2007, JT 1182.

C) Minas: canon de superficie de minas

Como se ha comentado en números anteriores de esta Revista, ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. El problema se arrastra desde que la Administración cambió su criterio tradicional (mantener idéntica la cuantía en los sucesivos ejercicios) a partir de los años 1995 y 1996, girando liquidaciones que pretendieron actualizar dicho canon, aplicando los coeficientes de actualización en un principio genéricos que se contenían para las tasas en Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Después de 1998, la interpretación judicial no ofrece dudas en el sentido de que son aplicables las actualizaciones genéricas previstas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado (cfr. STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2007, JT 746 o STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2007, JT 114).

D) Otro dominio público estatal: Dominio público radioeléctrico

Se comentan a continuación dos sentencias relativas a la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.

La **SAN de 20 de junio de 2007**, JT 1142, estima en parte el recurso promovido en nombre y representación de Cruz Roja Española. Se desestima la aplicación de una bonificación del 80 por 100, ya que se trata de una bonificación subjetiva que requiere la presencia de una Administración, lo que no es Cruz Roja. Sí se le da razón a la recurrente en cuanto solicitó durante el ejercicio una modificación de la situación inicial, con menor ocupación del espacio radioeléctrico, lo que debió determinar la reducción proporcional en lo que quedaba de año.

En cambio, la **SAN de 20 de julio de 2007**, JT 1149, estimará por completo el recurso presentado por la Confederación Hidrológica del Ebro, en el entendimiento de que quedaba exenta del tributo. Se trataba de la exención prevista para las Administraciones públicas, para ocupaciones destinadas a la prestación de servicios de interés general sin contraprestación económica. La reserva de frecuencias se destinaba a la prestación del servicio de la red del Sistema Automático de Información Hidrológica de la cuenca del Ebro, actuación declarada de utilidad pública, por lo que el primero de los requisitos objetivos se cumplía. Respecto del segundo, la puesta a disposición gratuita de los datos, la Audiencia Nacional considera que no se percibe directamente contraprestación por el servicio prestado, sin que su coste se repercuta tampoco en el importe de las tasas que la Confederación percibe por el resto de los servicios prestados, por lo que la exención resulta procedente.

E) Dominio público local

La **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2007**, JT 1181, se refiere en parte a la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en mercado semanal del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols para el año 2004. La Sala desestima el recurso interpuesto por la asociación de comerciantes, fundamentado en que el estudio económico-financiero se limitaba a valorar el terreno ocupado con criterios medios de venta y aplicando ciertas ponderaciones hallar un valor diario de aprovechamiento medio, lo que no quedaba a su parecer justificado, además de ser desproporcionado. El TSJ rechaza el recurso sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, que entendía que el valor de mercado como utilidad derivada del aprovechamiento especial era una fórmula clara. Analiza el caso concreto, justificando las ponderaciones efectuadas que tienen en cuenta ciertos costes indirectos que conlleva el mercado (personal, vigilancia, mantenimiento, ...)

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) Concepto de residuo: metodología para determinarlo. Interpretación restrictiva de las excepciones a tal calificación. Sólo pueden ser calificados como subproductos los supuestos en que la reutilización de un bien, un material, o una materia prima, incluso para las necesidades de otros operadores económicos distintos del que la ha producido, no es sólo posible sino segura, no necesita transformación previa y tiene lugar sin solución de continuidad en el proceso de producción o de utilización”. B) Ejecución de infraestructuras de regadío y Directiva 79/409/CEE “aves”. España, infracción en la ejecución del Canal Segarra-Garrigues. Obligaciones en lugares que debían haber sido declarados ZEPA y no lo han sido. No hay excepción de las obligaciones por consideraciones de carácter económico y social. C) Directiva marco de aguas. Incumplimiento de la República italiana. D) Aguas subterráneas. Aplicación de la Directiva 80/60/CE. Condiciones para prohibir o limitar vertidos en aguas subterráneas: necesidad de investigación previa al otorgamiento de una autorización de vertido. La exención de las viviendas aisladas del cumplimiento de lo previsto en la Directiva: interpretación restrictiva de la exención. E) Zonas de Protección Especial de aves, clasificación por los Estados y control de ésta por el Tribunal. Directiva 79/409/CEE (“Directiva aves”). Informes científicos, sus condiciones. Relación con el Convenio Ramsar. **3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Derecho a la libertad de expresión. Injerencia de los poderes públicos cuando sea necesaria en una sociedad democrática. Opiniones expresadas en el marco de una campaña electoral. Medio ambiente como cuestión de interés general de primera importancia.

4. Actividades clasificadas. A) La calificación de una actividad es anterior a la incorporación de las medidas correctoras propuestas y no varía ni con la incorporación de éstas ni con la introducción de los condicionantes de la Declaración de Impacto Ambiental. B) No es posible emplazar actividades mineras en suelo no urbanizable destinado a sistemas generales o a usos forestales y ganaderos. C) La ubicación de una planta de tratamiento de residuos sólidos por un Plan de Ordenación Urbana sin atender a la distancia

de 2.000 metros de núcleo habitado prescrita por el artículo 4 del RAC determina su anulación a estos efectos. D) La inactividad del Ayuntamiento ante una persistente contaminación acústica vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos afectados.

5. Aguas continentales. A) Estatutos de Autonomía: competencias autonómicas en aguas continentales y regulación de derechos. **6. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas. a) Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: constitucionalidad. b) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. c) Impuesto balear sobre alojamientos en establecimientos de hostelería. B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua. C) Impuestos estatales sobre la energía. a) Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Beneficios fiscales para el consumo de las fuerzas armadas que sean parte de la OTAN. b) Impuesto Especial sobre la Electricidad. D) Impuestos sobre el transporte: Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. E) Residuos sólidos urbanos. F) Incentivos y desincentivos fiscales ambientales en los tributos ordinarios: Impuesto sobre Sociedades: deducción por inversiones medioambientales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de septiembre a diciembre de 2007 e id. en relación a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la del TS accesible en el Westlaw de Aranzadi hasta el 31 de enero de 2008 y la Constitucional desde la 223/2007, de 22 de octubre, hasta la 265/2007, de 22 de diciembre, y en este año de 2008 desde la 1 hasta la 11/2008, de 21 de enero.

2. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Concepto de residuo: metodología para determinarlo. Interpretación restrictiva de las excepciones a tal calificación. Sólo pueden ser calificados como subproductos los supuestos en que la reutilización de un bien, un material, o una materia prima, incluso para las necesidades de otros operadores económicos distintos del que la ha producido, no es sólo posible sino segura, no necesita transformación previa y tiene lugar sin solución de continuidad en el proceso de producción o de utilización"

Tres Sentencias del Tribunal de Justicia han aparecido en los últimos meses con el fondo común de referirse al concepto de residuo y decidir tres recursos por incumplimiento formula-

dos por la Comisión contra la República Italiana. El fondo de éstas es común, por lo que llevamos a cabo aquí el tratamiento conjunto sin perjuicio de distinguir algunas particularidades.

En la **STJCE de 18 de septiembre de 2007, Sala Tercera, As. C-194/05**, se conoce del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. La Comisión imputa que una determinada normativa italiana excluye del concepto de residuo a unas sustancias que debían estar comprendidas dentro de él y, por tanto, sometidas a las obligaciones que indica la Directiva 75/442/CEE. En concreto la normativa italiana controvertida excluyó del concepto de residuo a la tierra y las piedras procedentes de excavaciones y destinadas a ser efectivamente reutilizadas en operaciones de explanación, terraplenado, relleno y como áridos, a excepción de los materiales procedentes de sitios contaminados o en rehabilitación con una concentración de contaminantes superior a los límites establecidos en la normativa vigente. La Sentencia resulta singularmente atractiva en cuanto al método utilizado para discernir la solución final.

Recordamos que el concepto de residuo aparece en el artículo 1.a) de la Directiva citada y se refiere a “cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse”. En el Anexo citado hay una lista de sustancias y objetos pero de los que el Tribunal ha recalcado tradicionalmente su carácter meramente indicativo porque la clave reside en el comportamiento del poseedor y en el significado del término “desprenderse”.

A esos efectos el Tribunal recuerda que toda la normativa de residuos debe interpretarse a la luz del artículo 174 CE, apartado 2, que establece un alto nivel de protección en la Comunidad como objetivo, lo que quiere decir que no puede haber una interpretación restrictiva del término “residuo” (punto 33 de la Sentencia con cita de otras anteriores). Además, determinadas circunstancias pueden constituir indicios de la existencia de una acción, de una intención o de obligación de desprenderse de una sustancia o de un objeto, como cuando la sustancia utilizada sea un residuo de producción o de consumo, es decir, un producto que no ha sido buscado como tal (punto 34 de la Sentencia). Se precisa en esa dirección interpretativa que el método de tratamiento o la forma de utilización de una sustancia no resultan determinantes en orden a su calificación o no como residuo (punto 35).

En esta última dirección señala el Tribunal que la ejecución de una de las operaciones de eliminación o de valorización no permite por sí sola, considerar como residuo de una sustancia o un objeto implicado en dicha operación y ello porque el sistema de vigilancia y gestión establecido por la Directiva comprende todos los objetos y sustancias de los que se desprenda el propietario, aunque tengan un valor comercial y se recojan con fines comerciales, a efectos de reciclado, recuperación o reutilización (punto 37).

No obstante, reconoce el Tribunal que en determinadas circunstancias, un bien, un material o una materia prima que resulta de un proceso de extracción o de fabricación que no está destinado principalmente a producirlo puede constituir no un residuo, sino un subproducto del que el poseedor no desea “desprenderse” en el sentido del artículo 1.a) de la Directiva, sino que tiene la intención de explotar o comercializar en circunstancias que le sean ventajosas, en un proceso ulterior, siempre que esta reutilización sea segura, no necesite transformación

previa y se sitúe sin solución de continuidad en el proceso de producción o de utilización (punto 38). Todo ello quiere decir que “el grado de probabilidad de la reutilización de dicha sustancia sin operación de transformación previa constituye un criterio pertinente para apreciar si la referida sustancia es o no un residuo a efectos de la Directiva. Si, más allá de la mera posibilidad de reutilizar la sustancia en cuestión, existe un interés económico para el poseedor en hacerlo, la probabilidad de dicha reutilización es mayor. Si así sucede, la sustancia de que se trata ya no puede ser considerada como una carga de la que el poseedor procura “desprenderse” sino como un auténtico producto” (punto 39).

Dentro de este proceso discursivo muy minucioso —como apoyos en algunos casos en jurisprudencia anterior del Tribunal— en el que vemos cómo la posibilidad de reutilización es un criterio muy importante, se añade que “si tal reutilización necesita operaciones de almacenamiento que pueden ser duraderas y, por tanto, constitutivas de una carga para el poseedor y que pueden dar origen a molestias medioambientales que la Directiva pretende precisamente limitar, no puede calificarse como segura y sólo puede preverse a plazo más o menos largo, de manera que la sustancia de que se trata debe ser considerada, en principio, como residuo” (punto 40). En suma, son un conjunto de circunstancias las que deben tenerse en cuenta siempre observando la finalidad de la Directiva de un amplio nivel de protección ambiental.

En ese contexto, el Tribunal indica que hay que reservar la consideración de subproducto para una sustancia “a aquellas situaciones en que la reutilización de un bien, un material, o una materia prima, incluso para las necesidades de otros operadores económicos distintos del que la ha producido, no es sólo posible sino segura, no necesita transformación previa y tiene lugar sin solución de continuidad en el proceso de producción o de utilización” (punto 46).

En esas circunstancias la Sentencia indica que la normativa italiana sienta una presunción general sobre la exención del concepto de residuo de las sustancias indicadas, que no responde a las premisas de la Directiva 75/442/CEE. En algunos casos esa presunción podría ser acertada, pero no puede afirmarse eso de forma general y para todos los supuestos tal y como indica la normativa italiana. Ello violenta la directiva comunitaria.

Idéntica manera de discurrir aparece en la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Sala Tercera, As. C-195/05**, en la que se conoce también del recurso de incumplimiento formulado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. Ahora la normativa controvertida excluye del concepto de residuo a materiales y subproductos procedentes del ciclo productivo y comercial de la industria agroalimentaria y que se utilizan en la alimentación animal así como los residuos procedentes de preparaciones culinarias de todo tipo de alimentos sólidos, cocidos y crudos, no incluidos en el circuito de distribución de alimentos, destinados a los establecimientos de acogida de animales de compañía.

Finalmente, la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Sala Tercera, As. C-263/05**, conoce de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra una normativa de la República italiana que ahora en el plano de lo general, y sin entrar en las particularidades de la normativa a la que se refieren las anteriores sentencias, excluye del concepto de residuo las sustancias, objetos o bienes destinados a las operaciones de eli-

minación o valorización no mencionadas expresamente en unos anexos y a las sustancias u objetos que son residuos de producción y de los que el poseedor tenga la intención o la obligación de desprenderse cuando puedan ser y sean reutilizados en un ciclo de producción o de consumo sin ser sometidos a tratamiento previo y sin causar daños al medio ambiente, o tras haber sido sometidos a un tratamiento previo cuando no se trata de una de las operaciones de valorización enumeradas en otro anexo de la misma normativa.

B) Ejecución de infraestructuras de regadío y Directiva 79/409/CEE “aves”. España, infracción en la ejecución del Canal Segarra-Garrigues. Obligaciones en lugares que debían haber sido declarados ZEPA y no lo han sido. No hay excepción de las obligaciones por consideraciones de carácter económico y social

La STJCE de 18 de diciembre de 2007, Sala Segunda, As. C-186/06 P, resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España para que se declare el incumplimiento de este país de diversas obligaciones que le atañen según la Directiva 79/409/CEE y que se habrían producido en la ejecución del proyecto de regadío del Canal Segarra-Garrigues en la provincia de Lérida.

El procedimiento lo inició la Comisión tras recibir una denuncia en la que se indicaba que el canal nombrado afectaba a dos “Important Bird Areas” (IBA) del Inventario de 1998 (las descritas con los números 142 y 144). Tras diversas vicisitudes que no vienen al caso, queda centrada la problemática jurídica en la violación del artículo 4.4 de la Directiva 79/409/CEE que indica que “Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para evitar dentro de las zonas de protección mencionadas en los apartados 1 y 2 la contaminación o el deterioro de los hábitats así como las perturbaciones que afecten a las aves, en la medida que tengan un efecto significativo respecto a los objetivos del presente artículo. Fuera de dichas zonas de protección los Estados miembros se esforzarán también en evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats”.

Pues bien, el Tribunal conforme a su jurisprudencia tradicional va a postular la aplicación de tal precepto a los terrenos que debieran haber sido declarados ZEPA aunque no lo hubieran sido. Como es bien conocido, el valor del Inventario de 1998 aflora clarísimamente en toda la jurisprudencia del Tribunal sobre el particular y aquí no podía ser de otra forma. El Tribunal constata que en las IBA mencionadas existen diversas aves dignas de protección y que, además, existía un acuerdo de la Generalitat de Cataluña para clasificarlas como ZEPA sin que se hubiera aprobado finalmente. La declaración de impacto ambiental que se hizo sobre el proyecto constató también impacto severo que tendría la ejecución de este proyecto pese a todas las medidas preventivas, correctoras y compensatorias que se proponían en el estudio de impacto ambiental y pese a las medidas adicionales adoptadas por la propia declaración.

Por todo ello se declara el incumplimiento del Reino de España que tenía obligaciones aun cuando los territorios no estuvieran clasificados como ZEPA y aun antes de que se compruebe la disminución del número de aves o de que se concrete un riesgo de desaparición de una especie protegida (punto 36). Son, pues, medidas preventivas las que deben adoptarse que en el proceso de ejecución de esta sentencia habrán de ser adoptadas.

Por otra parte y conforme a su doctrina tradicional, se responde a la objeción de España de la importancia considerable para el desarrollo económico y social del territorio afectado que tiene la ejecución de este proyecto de regadío para indicar que estas necesidades económicas y sociales no pueden obviar las obligaciones derivadas de la Directiva (punto 37 de la Sentencia).

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.

D) Aguas subterráneas. Aplicación de la Directiva 80/60/CE. Condiciones para prohibir o limitar vertidos en aguas subterráneas: necesidad de investigación previa al otorgamiento de una autorización de vertido. La exención de las viviendas aisladas del cumplimiento de lo previsto en la Directiva: interpretación restrictiva de la exención

La STJCE de 25 de octubre de 2007, Sala Segunda, As. C-248/05, tiene por objeto el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, a la que acusa de infringir determinados preceptos de la Directiva 80/68/CE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas.

E) Zonas de Protección Especial de aves, clasificación por los Estados y control de ésta por el Tribunal. Directiva 79/409/CEE ("Directiva aves"). Informes científicos, sus condiciones. Relación con el Convenio Ramsar

Mediante la STJCE de 25 de octubre de 2007, Sala Segunda, As. C-334/04, que tiene por objeto el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica (apoyada por el Reino de España, la República Francesa, la República Portuguesa y la República de Finlandia), a la que acusa de infringir determinados preceptos de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, se resuelve el recurso indicado aportándose consideraciones interesantes en torno a los problemas de interpretación y aplicación de la Directiva indicada.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a la libertad de expresión. Injerencia de los poderes públicos cuando sea necesaria en una sociedad democrática. Opiniones expresadas en el marco de una campaña electoral. Medio ambiente como cuestión de interés general de primera importancia

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en STJCE de 22 de noviembre de 2007, *As. Desjardin contra Francia*, en relación con una demanda planteada por un ciudadano francés condenado por los tribunales de ese Estado por difamación pública como consecuencia de las declaraciones realizadas por él, en su condición de candidato a las elecciones cantonales, en un pasquín en el que señalaba que el antiguo alcalde de su localidad había contaminado las aguas del municipio. El demandante alega ante el Tribunal de Estrasburgo que la supuesta difamación se refería a una persona encargada de un mandato público y en relación con una actuación llevada a cabo en el curso de ese mandato. Así, sostiene que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión llevada a cabo por los tribunales franceses no entra en el marco de lo recogido en el artículo 10.2 del Convenio europeo al considerar que ésta no es necesaria en una sociedad democrática. Entre las razones que aduce para ello se incluye que la cuestión medioambiental es un tema de interés general de primera importancia.

El Tribunal Europeo se pronuncia al respecto señalando que, a diferencia del parecer de los tribunales franceses para los que el pasquín del demandante tenía la intención de afectar a la reputación de otra persona, las expresiones recogidas en él deben tomarse en consideración como la expresión de la convicción del demandante, miembro de un partido ecologista, de que frente a los riesgos para la salud que pueden derivar de la mala calidad de las aguas de un municipio, la pasividad de las autoridades puede tener las mismas consecuencias y la misma gravedad que una acción positiva de contaminación. Por lo que, situadas en su contexto, el Tribunal considera que constituyen más bien un juicio de valor que puras declaraciones de hechos. El Tribunal recuerda además que el artículo 10.2 del Convenio europeo apenas deja un espacio para las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de los discursos políticos o de las cuestiones de interés general. En su opinión la libertad de expresión tiene la mayor importancia en el marco del debate político, por lo que únicamente puede ser restringida por razones imperiosas. A este respecto considera que el demandante, en su actuación ante los tribunales internos, ha hecho nacer dudas en cuanto a la calidad de las aguas municipales con las normas sanitarias en vigor.

A continuación añade que en este supuesto el demandante se encontraba cubierto por el interés general con doble título, por una parte, porque sus afirmaciones se referían a la cuestión del medio ambiente y de la salud pública y, por otra, porque se expresaba en calidad de miembro de un partido político y en el marco de su compromiso ecologista, de manera que sus propósitos entraban en el plano de la expresión política. En ese sentido el Tribunal advierte que en la discusión política debe incluirse necesariamente la posibilidad de discutir acciones llevadas a cabo por los antiguos responsables en el marco de sus mandatos públicos, y que los límites de la crítica son más amplios respecto de un hombre político, en relación con esa cualidad, que de un simple particular, puesto que a diferencia del segundo el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por la prensa como por los ciudadanos, por lo que debe observar una mayor tolerancia en relación con las

críticas. A todo ello añade que el soporte utilizado, un pasquín, no se prestaba a desarrollar una argumentación detallada de la política del anterior gobierno municipal en relación con el control de las aguas del municipio sino que se limitaba a reivindicar que los habitantes del municipio habían participado en la dimisión del anterior alcalde. Por otra parte, el hecho de que fuese distribuido por los militantes de su partido y por él mismo dejaba claro que su único objetivo era hacer público su compromiso político, su experiencia y sus ideas.

Por todo ello el Tribunal concluye que existe violación del derecho a la libertad de expresión tal como es contemplado en el artículo 10 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos.

4. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) La calificación de una actividad es anterior a la incorporación de las medidas correctoras propuestas y no varía ni con la incorporación de éstas ni con la introducción de los condicionantes de la Declaración de Impacto Ambiental

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó SSTs de 5 y 6 de junio de 2007, RJ 4826 y 4828, recaídas en los procedimientos de la Sala 8021 y 7180/2003, respectivamente, que venían a resolver los correspondientes recursos interpuestos por la sociedad “Dolomitas del Norte, SA” contra las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 30 y 28 de mayo de 2003, estimatorias a su vez de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Asociación para la Defensa de la Naturaleza Viva de Voto contra la concesión a la mencionada sociedad por el Ayuntamiento de Voto de la licencia de actividad tanto para la ampliación de la explotación de cantera como para la instalación de una planta integral de calcinación de dolomita en su término municipal, y contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria sobre autorización a la misma entidad para la instalación de la planta de calcinación.

En la primera de las citadas sentencias, el TS trata de resolver el primero de los motivos del recurso relativo a la clasificación de la actividad como insalubre y peligrosa, calificación negada en el recurso presentado contra la sentencia de instancia al considerar que la calificación de la actividad debía ser la de mera actividad molesta una vez incorporadas las medidas correctoras exigidas, calificación que por otra parte había sido otorgada también por la Comisión de Actividades de Cantabria. Pero entiende el Tribunal que la calificación de una concreta actividad es anterior a la incorporación de las medidas correctoras e independiente de las medidas que puedan exigirse para paliar sus efectos, planteamiento que hace extensible a las medidas que pudieran venir exigidas, derivadas o impuestas por una Declaración de Impacto Ambiental, que tampoco podría cambiar en ningún caso la calificación inicial.

De tal manera que la mera utilización de explosivos en la cantera, su almacenamiento, el desprendimiento de polvo en suspensión y de humos y sustancias, así como el ruido generado, conducen a la calificación de la actividad como molesta, insalubre y peligrosa, determinando

XIII. Medio Ambiente

que en principio no se pueda autorizar ni la ampliación de la cantera ni la instalación de la planta integral de calcinación situada a menos de 2.000 metros a contar del núcleo habitado más próximo de población agrupada conforme prescribe el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, insalubres y peligrosas (RAC), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, salvo que concurrieran las posibles excepciones a tal distancia derivadas de la aplicación de los artículos 15 y 20 del mismo RAC, aunque el TS, reiterando la sentencia de instancia, señala que “de estos preceptos fluye una regulación ciertamente restrictiva de la mencionada excepción”. Excepción respecto a la cual, en el específico caso de las industrias peligrosas, el artículo 20 dispone que “sólo en casos muy especiales y previo dictamen favorable de la Comisión de Servicios Técnicos, podrá autorizarse un emplazamiento distinto del que, según el artículo 4 del Reglamento, haya de venir impuesto por las Ordenanzas municipales y Planes de urbanización, respecto a las industrias fabriles”.

Considerando además que una recta interpretación del mandato constitucional de que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45), junto a los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, conduce a entender: a) que la dispensa de la regla general sobre distancias mínimas, en cuanto prevista sólo en casos excepcionales, no debe ser objeto de interpretaciones extensivas; b) que el informe de la Comisión provincial de Servicios Técnicos debe justificar y razonar cuáles son las circunstancias del caso concreto que justifican dispensar la regla general, y c) que esa singular motivación de la decisión que autoriza la dispensa debe permitir apreciar que las medidas correctoras son las exigibles por la concreta circunstancia de la reducción de la distancia. Exigencias que al no concurrir en este caso conducen a la desestimación del primer motivo del recurso.

En consecuencia con lo señalado más arriba, el segundo y tercer motivo del recurso van a ser también desestimados. El segundo con el que se pretendía que al haber obtenido una Declaración de Impacto Ambiental positiva en relación con las actividades a desarrollar, implicaba que ya no resultaba de aplicación la normativa sobre actividades clasificadas y, en concreto el régimen de distancias del RAC, al entender el TS que se trata de actividades de control distintas y complementarias, cuya coordinación procedimental resulta necesaria. Técnica que continúa la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, al disponer que “La evaluación ambiental realizada conforme a esta Ley no excluirá la exigencia de los informes preceptivos que deban solicitarse al amparo de la legislación sectorial correspondiente”.

Y finalmente, en lo que aquí nos interesa, en cuanto al tercero de los motivos del recurso va a sufrir el mismo resultado que los anteriores al rechazarse la pretensión de la derogación implícita del sistema de distancias del RAC así como una alteración de sus determinaciones, por cuanto considera el Tribunal que la exigencia de distancias permanece inalterable dada la clasificación de la actividad, objetivamente, como peligrosa.

De la argumentación del Tribunal en la sentencia que hemos comentado se deriva una inequívoca interpretación dirigida a la protección ambiental y la salud de las personas que, por otro lado, pueden verse mermadas si se atiende *stricto sensu* a la derogación del RAC por la Ley 34/2007, de 7 de noviembre (BOE del 8), para el cuidado de los animales, en su explotación,

transporte, experimentación y sacrificio, sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas en cuya normativa de actividades clasificadas no se hayan incorporado las medidas de protección de la norma derogada.

B) No es posible emplazar actividades mineras en suelo no urbanizable destinado a sistemas generales o a usos forestales y ganaderos

En cuanto a la STS de 6 de junio de 2007, RJ 4828, dictada para resolver el recurso de casación 7180/2003, interpuesto frente a la Sentencia de 28 de mayo de 2003 del TSJ de Cantabria, estimatoria ésta a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma Asociación para la Defensa de la Naturaleza Viva de Voto contra la autorización para la instalación de la misma planta integral de calcinación de dolomita de cantera otorgada por la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria, al considerar el Tribunal de instancia que no es posible emplazar actividades mineras en suelo no urbanizable destinado en las normas subsidiarias del municipio a sistemas generales o a usos forestales y ganaderos como pretendía la empresa codemandada basándose en la Declaración de Impacto Ambiental.

En este caso el TS va a declarar no haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación por sustentarse los motivos alegados en normas de naturaleza autonómica.

C) La ubicación de una planta de tratamiento de residuos sólidos por un Plan de Ordenación Urbana sin atender a la distancia de 2.000 metros de núcleo habitado prescrita por el artículo 4 del RAC determina su anulación a estos efectos

La tercera STS de 11 de julio de 2007, RJ 4779, dictada por la misma sección y con el mismo ponente que las anteriormente comentadas, viene a declarar que no ha lugar al recurso de casación 8789/2003 interpuesto por el Ayuntamiento de Elche y el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos del Baix Vinalopó contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11 de marzo de 2003, mediante la que se estimó el recurso promovido por la Asociación de Afectados por la Ubicación de la Planta de Reciclaje de Basuras contra la resolución del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana por la que se aprobó definitivamente el plan general de ordenación urbana de Elche, siendo declarado el plan contrario al Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, anulado y dejado sin efecto, por la circunstancia de que la ubicación de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos había sido directamente elegida por el Plan General de Ordenación Urbana que con la Resolución impugnada se aprobó. Contradice así el Tribunal el argumento del Ayuntamiento de Elche quien sustenta que sólo se aplica el artículo 4 del RAC cuando no hay Plan General que contenga criterios de localización de dichas industrias, y que como consecuencia del PGOU no se tenía en cuenta la distancia de 2.000 metros prescrita por el citado artículo.

Las argumentaciones jurídicas del Tribunal Supremo coinciden con las expuestas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y ambas reproducen sustancialmente las transcritas

en los comentarios a las sentencias anteriores, razón por la cual nos remitimos a ellas sin reiterarlas.

D) La inactividad del Ayuntamiento ante una persistente contaminación acústica vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos afectados

La STS de 12 de noviembre de 2007, Sección Séptima, Sala de lo Contencioso Administrativo, RJ 8394, recaída en el recurso de casación 255/2004, interpuesto contra la de 17 de noviembre de 2003 dictada por la misma jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, declara haber lugar al mencionado recurso, casa y anula la sentencia de instancia y estima el recurso interpuesto por el cauce del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona contra la inactividad del Ayuntamiento de Llanera, inactividad consistente en la tolerancia de una grave y lesiva contaminación acústica derivada de las actividades industriales de tres sociedades mercantiles, radicadas en el municipio y sometidas al régimen de actividades clasificadas.

Después de realizar un exhaustivo relato de los datos contenidos en la sentencia de instancia, el TS acoge el primer motivo de casación por cuanto entiende que la fundamentación de la sentencia de la Sala de Asturias incurre en incoherencia, que se constata mediante el cotejo de los fundamentos de la sentencia recurrida y sus conclusiones, ya que no se corresponden con los datos y razones que la propia sentencia expone. En ella se consideran vulnerados los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio, por cuanto la respuesta del Ayuntamiento había sido claramente insuficiente al haber permanecido inactivo durante un largo período de tiempo sin justificación alguna, propiciando con ello la persistencia de una contaminación acústica que sobrepasa los límites autorizados y que perturba el normal ejercicio y disfrute de aquellos derechos. Ordenando el Tribunal la realización de las actuaciones necesarias para que los titulares de las industrias ejecuten sin dilación las medidas correctoras pertinentes con el fin de evitar la producción de niveles sonoros y vibraciones superiores a los fijados en la normativa vigente.

5. AGUAS CONTINENTALES

A) Estatutos de Autonomía: competencias autonómicas en aguas continentales y regulación de derechos

En la STC de 12 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008, núm. 13, Suplemento), se resuelve el recuso de inconstitucionalidad 7288/2006, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1. La demanda de inconstitucionalidad se inicia con la reproducción de los artículos 45 y 149.1.22 de la CE, seguida de la reproducción del precepto impugnado del reformado Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, incorpora al Estatuto valenciano un catálogo de derechos entre los que figura el del artículo 17.1 que tiene por objeto el derecho de los ciudadanos valencianos a un abastecimiento suficiente de agua de calidad y a la redistribución de los sobrantes de aguas excedentarias.

La cuestión de fondo planteada por el Gobierno de Aragón en su recurso, consiste en cuestionar la constitucionalidad de ese “derecho al agua”, tal y como se configura en el EACV, al establecerse como un derecho subjetivo al margen de la Constitución, de la legislación básica del Estado (artículo 149.1.22 de la CE) y en desbordamiento del contenido propio de un Estatuto de Autonomía (artículo 147 de la CE). El recurrente argumenta que una atribución de derechos como la realizada en el reformado EACV debe hacerse atendiendo al acervo competencial propio de la Comunidad Autónoma, afirmando que no existe una habilitación constitucional y estatutaria precisa que ampare la individualización de un derecho específico de los valencianos al uso del agua de calidad en cuantía suficiente y, en particular, a un hipotético derecho a la transferencia de caudales desde las cuencas excedentarias. Para ello, argumenta el Letrado del Gobierno de Aragón, sería necesario que la Comunidad Autónoma de Valencia tuviera atribuida una competencia exclusiva y plena para legislar en materia de aguas, a la que pudiera vincularse el “derecho al agua”, toda vez que el artículo 45.1.c) de la Ley de Aguas remite a una Ley de las Cortes Generales (Ley del Plan Hidrológico Nacional) para fijar la “previsión y las condiciones de transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca”. Por ello, se afirma que el derecho que introduce el artículo 17.1 del EACV, adolece de una fuerza expansiva manifiestamente extraterritorial que puede afectar a la ejecución de las políticas propias de la Comunidad Autónoma de Aragón en ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio, agricultura y otras competencias sectoriales que se pueden ver afectas.

Por su parte, de los antecedentes relatados por el Tribunal en su sentencia, el Abogado General de la Generalitat Valenciana suscribe en su escrito de alegaciones la cita al artículo 45 de la CE, y destaca que el artículo impugnado respeta el ámbito de competencias exclusivas del Estado que contempla el artículo 149.1.22 de la CE. Asimismo, se niega que el precepto recurrido exceda del contenido estatutario vulnerando el artículo 147 de la CE. Todo lo anterior se argumenta desde la consideración y examen de la naturaleza jurídica de los derechos relativos al agua contenidos en el artículo 17.1 del EACV, pues a juicio del Abogado de la Generalitat, el precepto en cuestión no configura un derecho de redistribución de sobrantes de aguas de cuencas excedentarias como un derecho subjetivo, sino como un principio rector de la política social y económica, pues la condición del Estatuto de Autonomía como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma hace que la inclusión de derechos y principios de actuación de los poderes públicos autonómicos sea una opción legítima en el ejercicio de la autonomía. Por ello, tal y como se sostiene por la Generalitat, el artículo 17.1 del EACV tiene perfecto encaje como texto estatutario: porque es a los órganos políticos de las instituciones autonómicas a quienes es exigible desarrollar las correspondientes políticas de acuerdo con los principios rectores de la política social y económica, de donde asimismo se deduce el engarce de estos principios rectores con el artículo 147.2.c) de la CE. No nos encontramos –afirma el Letrado de la Generalitat– ante auténticos derechos subjetivos, sino ante principios rectores que orientarán la actividad de los poderes públicos valencianos y que precisarán de leyes estatales para ser directamente aplicables. En este sentido, se afirma que el recurrente ignora la sujeción que hace el artículo 17.1 del EACV a lo que dispongan “la Constitución y la legislación estatal”, sin que la previsión estatutaria condicione en modo alguno las competencias del Estado. Lo cual permite que el texto impugnado pueda ser interpretado de conformidad con la Constitución.

XIII. Medio Ambiente

En el mismo sentido se manifiesta el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, anticipando que su intención es razonar que el precepto recurrido puede ser interpretado de conformidad con la Constitución, pues de acuerdo con la función constitucional de los Estatutos de Autonomía, los “derechos estatutarios” declarados en un Estatuto exclusivamente para los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, sólo pueden ser vinculantes para los poderes públicos autonómicos y locales, y especialmente para el legislador autonómico, para quien constituyen obligadas directrices. En consecuencia, siempre y cuando el “derecho estatutario” atribuido no entrañe invasión de competencias del Estado, puede aceptarse su proclamación en el Estatuto de Autonomía, derivándose de ello que tales derechos nunca podrían suponer una alteración del régimen de competencias del Estado, ni creación de títulos competenciales nuevos para la Comunidad Autónoma, lo que equivaldría a decir que un derecho estatutario jamás podrá limitar, restringir, ni condicionar competencias estatales. Por el contrario, el alcance real y efectivo de los derechos estatutarios podrá quedar condicionado por el válido ejercicio de las competencias del Estado. En definitiva, concluye el Abogado del Estado, así interpretado el artículo 17.1 del EACV no puede considerarse infractor del artículo 147 de la CE ni tampoco de los artículos 138.2, 139.1, 149.1.1 y 149.1.22 de la CE.

Tras la descripción de los antecedentes descritos y el tratamiento de varias cuestiones de mero orden procesal, comienza desarrollando el TC, con carácter general, en sus FFJJ 4º a 10º, la función que de acuerdo con la Constitución desempeñan los Estatutos de Autonomía y su posición en el sistema de fuentes, así como la delimitación general de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, con prolija reproducción de la doctrina del TC que a tales efectos se ha ido consolidando en nuestra jurisprudencia constitucional.

Todo ello para finalmente determinar cuál es el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía y la posibilidad de que los Estatutos regulen derechos de los ciudadanos, en orden a determinar si el derecho al agua que regula el precepto estatutario impugnado del EACV tiene o no cabida en el contenido que puede tener un Estatuto de Autonomía. Cuestión esta nuclear en el recurso de inconstitucionalidad planteado, pues al respecto las posiciones de las partes son opuestas.

Con ello el TC centra así el punto del debate llegando a la conclusión de que la doctrina examinada abunda toda ella en la misma dirección y permite sostener la legitimidad constitucional de un contenido estatutario configurado “dentro de los términos de la Constitución” (artículo 147.1 de la CE), siempre que esté conectado con las específicas previsiones constitucionales relativas al cometido de los Estatutos. Señalando, asimismo, que el contenido legítimo de los Estatutos no se restringe a lo literalmente previsto en el artículo 147.2 de la CE y restantes previsiones constitucionales expresas, sino que dicho contenido se vincula al conocido principio dispositivo en materia estatutaria. En definitiva, el TC afirma que es contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía aquel que no estando expresamente señalado en la Constitución es complemento adecuado por su simple conexión por las referidas previsiones constitucionales, adecuación que en todo momento ha de entenderse referida a la función que en este sentido la Constitución encomienda a los Estatutos como norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma.

Concluye a este respecto el TC que, una vez garantizadas las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales (artículos 81.1 y 149.1.1 CE), y la señalada igualdad material prevista para las áreas de competencia estatal (artículo 149.1 CE), nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los efectos consiguientes sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico, efectos que podrán producirse a través de los diversos medios, instrumentos o técnicas que son inherentes al ejercicio de la autonomía política (declaraciones programáticas, formulación de derechos subjetivos de los destinatarios de las actuaciones o adopción de medidas concretas, entre otras posibles).

Cuestión distinta es el inesperado giro que acomete el Tribunal cuando plantea la cuestión de si son los Estatutos de Autonomía (que no el legislador autonómico ordinario a través de ley) la norma en la que se deben reconocer y activar tales declaraciones o enunciados formalizados como derechos estatutarios subjetivos que vinculen a los poderes públicos. Al respecto, el TC considera que en todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos.

Es decir, el TC afirma que los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada.

En conclusión, el TC diferencia, no sin cierto apriorismo, que en el ámbito institucional (organización y funcionamiento de las asambleas legislativas autonómicas, denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias) el contenido de los Estatutos puede establecer derechos subjetivos por sí mismos, pero en el ámbito de atribución competencial, afirma el TC, requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, han de entenderse como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.

Sobre la base de tales planteamientos el TC aborda en la parte final de su sentencia (FFJJ 18º a 23º) el específico examen del artículo del EACV impugnado en el presente recurso (artículo 17.1), con la finalidad de determinar su constitucionalidad. Para ello parte de que lo primero que hay que destacar es que el artículo 17.1 del EACV se integra en el Título II del EACV: “De los

XIII. Medio Ambiente

derechos de los valencianos y valencianas”, determinando en cuanto a su contenido, alcance y naturaleza, que un derecho estatutario así enunciado presenta como rasgo distintivo el de no ser ejercitable de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional, pues sólo podrá serlo cuando los poderes autonómicos lo instrumenten y, aún ello, de acuerdo con “la Constitución”, “la legislación estatal” o “la ley”, estatal o autonómica, según los casos. Es decir, el artículo 17.1 del EACV, aunque formalizado en su dicción como derecho, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los “poderes públicos valencianos”.

El TC afirma que el artículo 17.1 del EACV no establece ningún derecho subjetivo y que por lo tanto el precepto estatutario recurrido no vincula la función legislativa del Estado, que se podrá ejercer sin condicionamiento alguno. En definitiva, concluye el TC, el derecho al abastecimiento de agua regulado en el artículo 17.1 del EACV constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos que ha de ser enlazado con los específicos títulos competenciales del Estado en sentido estricto de la Comunidad Autónoma (“aprovechamientos hidráulicos, canales y riegos, cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de la Comunidad Valenciana”). Motivo por el cual, siendo así interpretado y enmarcado el artículo 17.1 del EACV tampoco incurre en infracción del artículo 149.1.22 de la CE, pues no se puede deducir otra cosa cuando el artículo 17.1 del EACV, al proclamar el derecho al agua de calidad con sus determinaciones, se somete a la “Constitución y la legislación estatal”. Si dicha legislación estatal no lo dispone, no se concretará tal derecho. Por el contrario éste se hará realidad sólo en los términos en que el Estado lo decida. El precepto impugnado, afirma el TC, no supone pues imposición ni condicionamiento alguno del Estado.

Por todo lo anterior, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón.

6. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas

a) Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: constitucionalidad

El STSJ de Galicia resuelve nuevamente un recurso presentado en torno a este impuesto, fundamentado sobre todo en cuestiones de constitucionalidad. Se trata de la **STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2007**, JT 877. El TSJ mantiene su doctrina, sustentada además, ahora, en la del Tribunal Supremo, que ha fallado a favor del impuesto en sentencias ya comentadas en números anteriores de esta Revista como una de 13 de marzo de 2007.

Se alega la violación genérica de ciertos artículos de la Constitución (los principios de justicia tributaria, los principios de la hacienda autonómica), aunque las claves están en la posible vulneración de los artículos 6.2 y 6.3 de la LOFCA, por invasión de los sistemas tributarios estatal y local.

Alegan los recurrentes la vulneración de los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la LOFCA, esto es, que se trata de un impuesto cuyo hecho imponible está gravado por el Estado (esta

vez, el mentado es el Impuesto sobre la Electricidad) y cuya materia está reservada a las Corporaciones locales por la legislación de régimen local (la del Impuesto sobre Actividades Económicas), sin que se haya previsto en este último caso que las Comunidades Autónomas puedan establecer tributos que recaigan sobre dicha materia. El TSJ considera que tanto el hecho imponible (emisión de sustancias contaminantes) como la materia gravada (la contaminación) son otros.

Como se ha apuntado, se rechaza asimismo que el impuesto vulnere los artículos 14 y 31 de la Constitución, por ser discriminatorio. El TSJ explica la razonabilidad de la propuesta.

Finalmente, el TSJ declara la constitucionalidad del tributo en cuanto no subvierte el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, rechazando que su implantación invada la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.25ª (bases del sector eléctrico).

b) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

La STSJ de Extremadura de 20 de marzo de 2007, JT 904, estima el recurso presentado en relación con el Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. Como se recordará, este impuesto fue anulado por el Tribunal Constitucional, en la redacción original. Pues bien, el demandante solicitaba la devolución de ingresos indebidos en relación con los pagos efectuados en ejercicios afectados por la declaración de nulidad, lo que, como es de derecho, obtiene.

c) Impuesto balear sobre alojamientos en establecimientos de hostelería

La STSJ de Baleares de 19 de febrero de 2007, JT 916, desestima el recurso contencioso-administrativo planteado en relación con el Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos establecido por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Como ya se ha explicado en números anteriores de esta misma Revista y sección, esta figura fue suprimida una vez que cambiaron las mayorías en el parlamento balear con las elecciones autonómicas del año 2003. Algunos de los recursos formulados fueron desistidos, al haberse derogado la normativa reguladora del tributo, caso del recurso de inconstitucionalidad que se presentó por el Presidente del Gobierno de la Nación. No obstante ello, otros sí se están resolviendo: en el caso de autos, la recurrente pretende que la derogación de la normativa del impuesto suponga la tacha de nulidad de todos los actos administrativos recurridos, lo que es notoriamente inaceptable, como bien señala el TSJ.

B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua

En el caso resuelto por la STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2007, JT 1115, se sustancian diversas cuestiones relativas al canon de saneamiento del Principado de Asturias. El recurso lo interpone un club de golf, que sostiene que los consumos de agua efectuados

XIII. Medio Ambiente

por él mismo deben ser considerados como de uso doméstico, lo que lleva aparejadas consecuencias sobre el tributo. Y también solicita que se declare la equiparación de los regadíos de praderas para usos deportivos, con la utilización que hagan los agricultores del agua para regadío y, por tanto, excluidas de tributación en tanto en cuanto no produzcan contaminación.

Respecto de la calificación de los usos como industriales o domésticos, señala el TSJ que las aguas suministradas se destinan al uso de vestuarios y al riego de un campo de golf, actividades que ya de por sí impiden que las aguas destinadas a esos usos puedan calificarse como de uso doméstico, pues, además del significado usual del término, la Ley reguladora del canon señala que a los efectos previstos en ella “se entenderían por usos domésticos los consumos de agua realizados en viviendas que den lugar a aguas residuales generadas principalmente por el metabolismo humano y por las actividades domésticas”, con lo que se pone claramente de manifiesto que esos usos no pueden calificarse como domésticos. Por otra parte, —sigue diciendo el Tribunal— la Ley considera como usos industriales los consumos de agua realizados para efectuar cualquier actividad comercial o industrial. Por todo ello, y dado que el uso o es doméstico o es industrial, se concluye que el uso es forzosamente industrial, sin que pueda desvirtuar esta calificación el argumento de la parte actora de que la entidad que utiliza el agua para las finalidades indicadas no tiene ánimo de lucro, lo que es irrelevante a estos efectos. Y tampoco es relevante que las aguas residuales sean recogidas por redes de alcantarillado o no.

Respecto de la equiparación de los regadíos de praderas para usos deportivos con la utilización que hacen los agricultores del agua para riego, el TSJ también se opone frontalmente. Explica la razón de ser de la exención en el caso agrícola (favorecer a los agricultores titulares de explotaciones agrarias o al menos no hacerlas más gravosas), lo que tiene poco que ver con la actividad en cuestión. Dice el TSJ que resulta irrelevante que el riego del campo de golf produzca o no contaminación, pues al no darse la primera condición (uso agrícola) es intrascendente.

Subsidiariamente se pide que se anule la liquidación practicada correspondiente a atrasos de un determinado ejercicio, por defectos formales de la comunicación practicada y falta de legitimidad en el emisor de las liquidaciones. A este respecto, el TSJ analiza la fórmula empleada por la ley, que interpone un sustituto entre la Administración y el contribuyente, y explica que las facturaciones repercutidas para el cobro a los contribuyentes no tienen la consideración legal técnica de liquidaciones y, por lo tanto, esa repercusión no está sujeta a las reglas generales que han de regir las liquidaciones tributarias. En cualquier caso, la Sala rechaza que pudiera haber habido indefensión, a la vista de los datos que constan en los documentos cobratorios. Pone de manifiesto también que “el hecho de que se incumpla por parte del sustituto el momento y plazo de la repercusión no conlleva su invalidez, siempre que no se haya traspasado el plazo de prescripción y sin perjuicio de los efectos previstos por la Ley al respecto”.

En cualquier caso, se rechazan todos los argumentos basados en el papel que juegan las entidades suministradoras en estos tributos.

C) Impuestos estatales sobre la energía**a) Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Beneficios fiscales para el consumo de las fuerzas armadas que sean parte de la OTAN**

La SAN de 21 de mayo de 2007, JT 724, estima el recurso presentado, abogando por una interpretación amplia de la exención para la fabricación e importación de hidrocarburos. La exención alcanzaría a los carburantes adquiridos para vehículos no oficiales.

b) Impuesto Especial sobre la Electricidad

La Audiencia Nacional mantiene su doctrina, estimando el recurso planteado contra la Administración tributaria por una empresa cuya actividad principal es la de fabricación de material de construcción, pero que cuenta con una planta de cogeneración que le permite producir energía eléctrica, parte de la cual consume, y parte de la cual vende. Es la SAN de 4 de junio de 2007, JT 726. La cuestión de derecho se contraía a la determinación del concepto de “fábrica” en relación al objeto de este impuesto, así como a la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto, sucediendo que no estaba inscrita en el registro territorial correspondiente. La Audiencia Nacional, manteniendo sustancialmente las exigencias para la aplicación del régimen suspensivo en los términos previstos en la ley, reconoce que si, además de cobrar el impuesto al consumidor final que lo ha soportado en el incremento de su factura, exigimos al fabricante del impuesto que lo abone, resulta que la energía suministrada habrá sido gravada dos veces; se quebranta, entonces, el principio de gravamen en fase única, configurador del tributo. Ello sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder. Esto en cuanto a la venta de energía. Por lo que respecta al autoconsumo, la Sala entiende que la empresa cumple con todos los requisitos para beneficiarse de la exención prevista para estos casos.

D) Impuestos sobre el transporte: Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte

Con frecuencia se ha discutido la adecuación de figuras como la de nuestro Impuesto de Matriculación al Derecho Europeo. El TJCE ha aceptado en abstracto, una vez más, su existencia (STJCE de 20 de septiembre de 2007, Sala Cuarta, As. C-74-2006). Se trataba del impuesto griego. Sin embargo, en un aspecto concreto ha declarado que este Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben, al haber aplicado, para la determinación del valor imponible de los vehículos de ocasión importados de otro Estado miembro en territorio griego con el fin de establecer el impuesto de matriculación, un único criterio de depreciación fundado en la antigüedad de esos vehículos, y al haber tomado como base una reducción de valor del 7 por 100 para los vehículos que tengan entre seis y doce meses de antigüedad y del 14 por 100 para los vehículos cuya antigüedad sea de un año. Dice el TJCE que esta circunstancia no garantiza que el impuesto adeudado no supere, ni siquiera en determinados casos, la cuantía del impuesto residual incorporado en el valor de los vehículos de ocasión similares ya matriculados en el territorio nacional.

Entrando ya en asuntos domésticos, el TSJ de Canarias, estima el recurso interpuesto contra la liquidación tributaria mediante **STSJ de Canarias (Tenerife) de 27 de febrero de 2007**, JT 737. Se trataba del reconocimiento de los beneficios fiscales que la legislación prevé para las familias numerosas. La Sala admite la posibilidad de reconocimiento posterior a la matriculación del vehículo, si en el momento de la matriculación se reunían los requisitos legales previstos, lo que sucedía en este caso en el que el interesado no se encontraba correctamente informado.

E) Residuos sólidos urbanos

La **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2007**, JT 1181, se refiere en parte a la tasa de recogida, transporte y eliminación de basuras del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols para el año 2004. La Sala desestima el recurso interpuesto por la asociación de comerciantes. Con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo, el TSJ explica que los conceptos gravados no pueden reducirse a los previstos en la normativa reguladora de haciendas locales y por los que no se pueden exigir tasas (tasas por limpieza de la vía pública). Lo que prohíbe la Ley es exigir tasas por limpieza de la vía pública en el sentido de casco urbano, y para uso normal de la vía pública, no para usos especiales, como se trataba en el caso concreto (mercados semanales).

F) Incentivos y desincentivos fiscales ambientales en los tributos ordinarios: Impuesto sobre Sociedades: deducción por inversiones medioambientales

El TEAC, mediante **RTEAC de 2 de marzo de 2007**, JT 951, estima en parte la reclamación económico-administrativa interpuesta en materia de liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Sociedades. El caso afecta a una variada gama de aspectos, entre los que cabe citar la deducción por inversiones medioambientales.

Antes de entrar en el análisis de la deducibilidad de inversiones concretas el TEAC fija unos criterios generales que van matizando el parecer de la Administración Tributaria: primero, que “no ha de limitarse la deducción en un ejercicio a aquellas inversiones respecto de las cuales el contribuyente aporte la correspondiente certificación de convalidación, sino que la deducción en dicho ejercicio es también procedente en relación con aquellas otras inversiones, en relación con las cuales la entidad hubiera solicitado a la Administración competente la expedición del referido certificado de convalidación antes del primer día del plazo de presentación de la declaración, y éste no se hubiera emitido por causa no imputable al sujeto pasivo”. Todo ello sin perjuicio de la regularización que, en su caso, proceda. Y, segundo, que de la normativa aplicable no “puede extraerse la conclusión de que el derecho a la deducción se circunscribe exclusivamente a inversiones para la recuperación, reducción y tratamiento de residuos propios; o, lo que es lo mismo, nada en la norma autoriza a excluir aquellas actividades que, cumpliendo todas las condiciones de evitar la contaminación, cumpliendo o mejorando la normativa vigente en esta área medioambiental, lleven a cabo la recuperación, reducción y tratamiento de residuos ajenos”.

Partiendo de ello, el TEAC va resolviendo las muchas cuestiones que se van suscitando, aceptando la deducción de partidas que la Inspección había rechazado. Destaca el tratamiento que

se hace de la deducibilidad de ciertos contenedores para la recogida de residuos ajenos, en el que el Tribunal realiza un concienzudo estudio de si responden al concepto de “instalación”, otra de las claves que había manejado la Inspección para rechazar la deducción. El TEAC dará la razón a la Inspección en lo que concierne a este punto, entendiendo que se han usado de manera aislada, sin la relación necesaria de cada uno de los contenedores con el resto.

En un aspecto muy concreto, la Inspección había negado el derecho a la deducción aduciendo —entre otras cosas— que la inversión afectada realmente se correspondía con una ampliación de otra ya existente y consiste por tanto en la aplicación de nuevas técnicas en el proceso de producción. Añade a estas razones la de que la certificación emitida no responde exactamente a las especificaciones exigidas por la norma y que de la memoria presentada por el obligado tributario se infiere que ésta tiene por objeto fundamental la modernización del proceso productivo y sólo de manera derivada la eliminación de residuos, por lo que la deducción debería aplicarse sólo a la parte de inversión destinada a la protección del medio ambiente y como la empresa no ha probado qué parte es, concluye rechazando la deducción. El TEAC rechazará por completo esta argumentación, ya que se demuestra que es una instalación nueva y no la ampliación de una existente, por cuanto se trata de la implantación de un nuevo sistema de tratamiento y reciclado. En cuanto a lo formal, si bien es cierto que la certificación expedida no contiene literalmente la previsión del buen fin ambiental de la inversión, con la fórmula que utiliza, como reconoce la Inspección, está en realidad abarcando el cumplimiento de los aspectos requeridos por la norma, de manera que aun cuando no se ajuste exactamente a la dicción prevista en el normativa, la remisión a los términos de ésta que en el certificado se hace permite concluir que la convalidación de la Consejería contempla la concurrencia de las circunstancias requeridas.

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. 3. Ayudas. A) Incumplimiento. B) Reintegro. **4. Comercio exterior. Control de cambios de moneda extranjera. 5. Comercio interior.** A) Liberalización del mercado mayorista de plátanos en Madrid. B) Licencia de gran establecimiento comercial que afecta a la actividad de otra Comunidad Autónoma. **6. Comisión del mercado de telecomunicaciones. 7. Contratación pública. 8. Energía.** A) Distribución y comercialización de energía eléctrica. B) Producción de energía eléctrica. **9. Financiación de las Comunidades Autónomas: el fondo de suficiencia y el fondo de compensación territorial.** A) Financiación de las Comunidades Autónomas: el Fondo de Suficiencia y el Fondo de Compensación Interterritorial. B) Capacidad de las Comunidades Autónomas para crear un sistema de tributos propios. **10. Transportes.** A) De viajeros por carretera. Sustitución de líneas y obtención de concesiones. B) Ampliación del número de licencias municipales de auto-taxis.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de contratación pública dictadas durante el año 2007, las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre las Sentencias 211/2007 y 29/2008 así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 15 a 24 de 2007.

2. AGRICULTURA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2003, RJ 2007/5203, resuelve el recurso de casación planteado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de junio de 2000 que se refería a la aprobación de la concentración parcelaria en una determinada localidad aragonesa.

El Tribunal empieza recordando el régimen peculiar de la impugnación de los acuerdos de concentración parcelaria previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, para pasar posteriormente a analizar el primer motivo de impugnación relativo a la incongruencia de la Sentencia de instancia. La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, partiendo de la doctrina del propio Tribunal en esta materia, desestima la alegación, concluyendo que la Sentencia de instancia no resuelve sobre una pretensión distinta de la esgrimida por los actores, sino que, para desestimarla, utiliza el argumento de que la alegación de los vicios en el procedimiento de concentración equivale a la impugnación de las bases de la convocatoria.

Asimismo, se alega por los recurrentes que en la clasificación de las tierras se han tenido en consideración únicamente factores relativos a la productividad. Pero en este caso, la Sala considera que el acuerdo de concentración no ha hecho sino seguir las bases de la concentración definitivamente aprobadas que no fueron debidamente impugnadas. Por lo que desestima nuevamente sus pretensiones.

Y, por último, el Tribunal Supremo desestima también el último motivo de casación planteado, en el que se alegaba la diferencia de valor resultante entre las fincas aportadas y las atribuidas como consecuencia del acuerdo de concentración. La diferencia —advierte la Sala— deriva de la diferencia de valor recogida en el dictamen pericial que se ajusta a unos criterios formulados con carácter autónomo respecto de las bases de concentración. Así, la Administración no pudo, al aprobar el acuerdo, seguir una clasificación diferente, pues con ello se hubiera opuesto a las bases firmes no impugnadas por la parte actora.

Finalmente, debemos poner de relieve que la Sentencia comentada anteriormente, aunque ha sido dictada en 2003, no ha sido publicada hasta el año 2007, hecho este difícilmente explicable desde el punto de vista del principio de publicidad de la actividad jurisdiccional.

3. AYUDAS

A) Incumplimiento

Por Orden del Ministerio de Economía de 19 de junio de 2002 se declaró el incumplimiento total de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales otorgados a determinada empresa. Recurrida la citada Orden la Audiencia Nacional desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 4 de julio de 2007**, Ar. 5539, desestimó el recurso de casación cuyo único motivo era la infracción de determinadas garantías procesales que según la recurrente le había causado indefensión. En su sentencia el Tribunal Supremo niega que la no admisión por la Sala de instancia de dos pruebas periciales propuestas por la recurrente comportarán un quebrantamiento de forma que obligará a casar la sentencia impugnada.

B) Reintegro

La STS de 21 de marzo de 2007, Ar. 4596, tiene como objeto un litigio interadministrativo en el que el Ayuntamiento de Huelva impugna la decisión de la Junta de Andalucía por la que se le exige el reintegro de determinada cantidad correspondiente a la subvención para cubrir los costes derivados del desarrollo de acciones del programa de promoción socio-laboral en el medio urbano.

En su recurso de casación el Ayuntamiento alegó infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los principios generales del derecho de igualdad en la observancia del precedente administrativo, proporcionalidad en el derecho sancionador y principio de equidad.

El Tribunal Supremo recuerda en primer lugar su conocida doctrina sobre el carácter modal de la subvención, lo que comporta que en caso de incumplimiento de la carga impuesta proceda la devolución de lo recibido (FJ 7º). Ahora bien, también recuerda que para que proceda el reintegro debe primero acreditarse el incumplimiento y debe exigirse la devolución de conformidad con el procedimiento legalmente establecido.

Entrando ya en el examen del caso concreto el Tribunal estima en parte el recurso al apreciar que la Administración autonómica no permitió al Ayuntamiento justificar, dentro de los plazos establecidos a tal efecto, el empleo de las cantidades otorgadas.

Junto a ello el Tribunal entiende que también se ha producido una vulneración del principio de proporcionalidad al haberse calificado de incumplimiento total un incumplimiento parcial, ya que el destino del 75 por 100 de los fondos estaba justificado.

Como consecuencia de sus razonamientos el Tribunal acuerda en el fallo de la sentencia la estimación parcial del recurso, y en este sentido determina que en relación con el 25 por 100 de la cantidad otorgada y cuyo destino no está justificado el Ayuntamiento, en ejecución de sentencia, deberá proceder a justificar su uso conforme al fin de la subvención. En el caso de que no lo haga, deberá proceder a su reintegro.

4. COMERCIO EXTERIOR. CONTROL DE CAMBIOS DE MONEDA EXTRANJERA

La STS de 5 de junio de 2007, RJ 5034, resuelve y estima el recurso de casación que el Abogado del Estado interpuso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2004. El proceso judicial tiene su origen en una resolución de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, que denegó la autorización solicitada para realizar operaciones de compra de billetes extranjeros y cheques de viaje con pago en pesetas. La empresa solicitante de dicha autorización interpuso recurso de alzada ante el Ministro de Economía, que fue desestimado. Recurrida la resolución del Ministerio de Economía, la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo.

En particular, la Audiencia Nacional admitió que la denegación de la autorización solicitada al amparo del Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, regulador del cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito, supone el ejercicio de una discrecionalidad técnica a favor del Banco de España, en el sentido que a éste el ordenamiento jurídico le confiere un margen de apreciación para decidir sobre la petición formulada. Ahora bien, prosiguió la sentencia de instancia, el operador económico que solicitaba la autorización lo hacía amparado en la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución española. Por lo tanto, era exigible una rigurosa motivación que, según la Audiencia Nacional, no concurría en este caso, ya que apreciaba contradicciones en la fundamentación de la resolución administrativa impugnada, y en concreto que se había aplicado inadecuadamente por el Ministerio de Economía el requisito de la “honorabilidad comercial y profesional”.

Es contra esta sentencia de la Audiencia Nacional que el Abogado del Estado interpuso el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que finalmente sería estimado. El Tribunal Supremo tiene la oportunidad de examinar el concepto de discrecionalidad técnica, el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados, como en el presente caso es el de “honorabilidad comercial y profesional”, y la incidencia que tiene toda esta construcción jurídica en supuestos en que hay el ejercicio de un derecho constitucional.

La sentencia del Tribunal Supremo empieza su razonamiento jurídico recordando que la regulación de la actividad de cambio de moneda extranjera por particulares está sometida en el ordenamiento jurídico español a un régimen de intervención administrativa. En éste se establece que la autorización previa del Banco de España para desarrollar tal actividad profesional requiere la concurrencia de diversos requisitos, y entre ellos el de que “los titulares o responsables (...) cuenten con reconocida honorabilidad comercial y profesional en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

El Tribunal Supremo infiere que la Ley ha impuesto una limitación al ejercicio de la libertad de elección de profesión que garantiza el artículo 35 de la Constitución, el cual no supone el reconocimiento del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y a la libertad de empresa. Esta limitación se justifica por razones de interés público, de protección de intereses vinculados al uso de la moneda y de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

En el caso concreto, tanto la resolución del Banco de España como el Ministro de Economía al confirmar aquélla, valoraron que uno de los administradores solidarios de la sociedad limitada peticionaria figuraba como titular de diversas operaciones crediticias en suspenso, y no había cumplimentado los requerimientos para que acreditara el requisito de honorabilidad comercial y profesional. La propia entidad solicitante de la autorización había ignorado varios requerimientos del Banco de España. Todas estas circunstancias llevaron a la conclusión de que no concurría el requisito exigido de la “honorabilidad” en la entidad peticionaria. Se trataba en particular del hecho que los administradores de la sociedad limitada mantenían una actitud de incumplimiento notorio de las disposiciones que regulaban la actividad de cambio de moneda extranjera.

El Tribunal Supremo destaca que el Banco de España y el Ministro de Economía han respetado la obligación de motivar sus decisiones, que se contiene en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, el Alto Tribunal señala que las entidades públicas que denegaron la solicitud de actividad han cumplido con dicha obligación desde la perspectiva formal y material, en la medida en que la Administración no sólo aprobó una resolución que, de forma sucinta, hizo “referencia a hechos y fundamentos de derecho”, sino que ha ejercido la potestad administrativa de conformidad con los fines fijados por el ordenamiento jurídico, ponderando de forma objetiva e imparcial todos los intereses públicos y privados concurrentes.

La sentencia del Tribunal Supremo concluye señalando que la Administración puede basar su juicio sobre la honorabilidad comercial y profesional, a los efectos de conceder la autorización para desarrollar la actividad de cambio de moneda extranjera, en el examen de aquellas conductas, comportamientos u omisiones prohibidos por la legislación reguladora de las entidades de crédito y, de forma complementaria, puede acudir a las conductas tipificadas en dicha legislación como muy graves. En cuanto a la aplicación del principio *pro libertate*, el Tribunal Supremo no lo considera aplicable en el presente supuesto, puesto que no se está discutiendo el ejercicio de un derecho fundamental, sino la concurrencia de los requisitos exigidos por la normativa para ejercer una actividad económica, que se encuentra sometida por principio legal al control de la Administración.

5. COMERCIO INTERIOR

A) Liberalización del mercado mayorista de plátanos en Madrid

La STS de 6 de junio de 2007, RJ 2007/5217, desestima el recurso de casación que diversas entidades dedicadas a la comercialización del plátano habían planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de marzo de 2003, RJCA 2003/921.

Los hechos a tener en cuenta en este asunto son los siguientes. El Ayuntamiento de Madrid, por medio del Acuerdo de 26 de abril de 1985, ratificó el convenio entre Mercamadrid, SA, y APAPM, y aprobó la instalación de una nueva nave para almacenamiento, maduración y comercialización del plátano en la Unidad Alimentaria de Madrid; ese mismo acuerdo dispuso que los plátanos sólo se comercializaran en dicha nave.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Informe de 27 de diciembre de 1994, consideró que el Acuerdo de 1985 del Ayuntamiento había creado una situación de restricción de la competencia en el Mercado Central de Frutas y Verduras de Madrid, con respecto al plátano, que carecía de justificación actual, por lo que proponía la modificación de dicho Acuerdo de 1985.

El Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia observaba que el establecimiento de la exclusividad de la comercialización en una única nave y de la reserva de tal actividad a los

integrantes de Aplanmadrid, creaba una situación de privilegio, cercana al monopolio, para los empresarios que la integraban, restringía gravemente la competencia al impedir la entrada de nuevos operadores e incluso no permitía la expansión de las actividades de los propios miembros de Aplanmadrid.

Según el Tribunal de Defensa de la Competencia, todo ello provocaba una fuerte barrera de entrada para los nuevos operadores, el mantenimiento de unos precios elevados, un freno a la expansión comercial, una serie de limitaciones accesorias no amparadas en normas legales, y perjuicios para los detallistas y los consumidores. Además, el Acuerdo de 1985 contradecía el artículo 53 del Reglamento de Funcionamiento del Mercado Central de Frutas y Verduras, que no establecía ningún tipo de limitación a la actividad de los mayoristas que tuvieran la correspondiente licencia.

En fin, el Tribunal de Defensa de la Competencia concluía que el Acuerdo de 1985 era opuesto al principio de libre empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española.

El Ayuntamiento de Madrid, por medio del Acuerdo Plenario, de 26 de abril de 1996, modificó los Acuerdos del propio Ayuntamiento, de 26 de abril de 1985 y de 27 de febrero de 1987, y declaró abierto y libre el mercado mayorista de plátanos en la Unidad Alimentaria de Madrid, de conformidad con las Directivas de la Comunidad Económica Europea, y siguiendo las recomendaciones dictadas al efecto por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Informe de fecha 27 de diciembre de 1994.

Contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Madrid de 26 de abril de 1996, los ahora recurrentes presentaron una reclamación de responsabilidad patrimonial, la cual fue denegada por el propio Ayuntamiento en virtud de la Resolución de 26 de septiembre de 1997.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la solicitud de responsabilidad patrimonial, fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 6 de marzo de 2003. Y es contra esta resolución judicial contra la que se interpone el presente recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal de instancia fundamentó la desestimación del recurso en los argumentos desarrollados en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de diciembre de 1994. En este sentido, destacó que no existía ningún interés público que justificara la restricción de la competencia y de la legalidad que se derivaba del Acuerdo de 1985. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid añadió que el Acuerdo de 1985 tenía su origen en un acuerdo suscrito entre dos entidades privadas, y que de su supresión no cabía derivar responsabilidad alguna “por actos legislativos”, toda vez que el Ayuntamiento estaba actuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución española. En particular, concluía el Tribunal de instancia, el Ayuntamiento actuó obligado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, por lo que no procedía indemnización alguna por la supresión de actividades económicas preexistentes y contrarias al ordenamiento jurídico y a la libertad de mercado, tanto a nivel estatal como comunitario.

En respuesta a la resolución jurídica del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los recurrentes señalan en el recurso de casación que se ha vulnerado el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Alegan al respecto que son titulares de una concesión de explotación relacionada con el almacenamiento y comercialización de plátanos, y que tiene un plazo de vigencia hasta el año 2032. Añaden que no había monopolio ni exclusividad, ya que todos los empresarios del sector del plátano podían integrarse en Aplamadrid.

En todo caso, los recurrentes precisan que, a diferencia de lo ocurrido con los servicios funerarios, que fueron “liberalizados” mediante el artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, los mercados continúan atribuidos por el legislador a los municipios, puesto que no hay una norma legal que liberalice la gestión de los mercados centrales en el ámbito municipal, que incluso es de prestación obligatoria para los municipios con población superior a 5.000 habitantes. Según los recurrentes, el Ayuntamiento de Madrid municipalizó el servicio público de mercados centrales y lo gestionó de forma directa a través de una empresa municipal como “Mercamadrid, SA”. Concluyen que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no liberaliza ese servicio de mercados, que continúan siendo de prestación obligatoria para los municipios, por lo que la decisión del Ayuntamiento de Madrid no fue una decisión obligada por la citada Ley de Defensa de la Competencia, sino que se trata de una mera decisión municipal de carácter político.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de junio de 2007 que comentamos, y tras reproducir en sus primeros fundamentos de derecho los sucesos ocurridos, y los motivos alegados por los recurrentes, los cuales acabamos de reproducir, se remite a su Sentencia de 3 de octubre de 2006, RJ 2006/7582, y desestima el recurso.

El Tribunal Supremo comparte los argumentos expuestos en la Sentencia de instancia recurrida, si bien corrige ante todo la afirmación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativa a que se discute un posible supuesto de “responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos del Municipio”. Así, el Tribunal Supremo recuerda que los Acuerdos de los municipios no pueden reputarse actos legislativos.

Efectuada esta precisión, el Tribunal Supremo rechaza que un acuerdo entre entidades privadas pueda asimilarse a un contrato de concesión de servicios públicos. Asimismo, el Alto Tribunal destaca que el Acuerdo del Ayuntamiento de Madrid de 26 de abril de 1996, viene determinado por el cumplimiento de la Ley 16/1989, de 17 de julio, que es posterior en el tiempo al Acuerdo municipal de 1985. Por tanto, prosigue el Tribunal Supremo, del Acuerdo de 1996 no puede derivarse una responsabilidad patrimonial para el Ayuntamiento de Madrid.

En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (y cita la STC 37/1987, entre otras), no existe indemnización cuando en el ejercicio de las facultades autoorganizativas de los servicios públicos —como sería el de los mercados centrales— se realiza una modificación en la regulación o en la configuración, o se reestructuran sus sistemas de gestión impuestas por un cambio legislativo, que en el presente caso constituyó la Ley 16/1989.

El Tribunal Supremo pone fin a la sentencia rechazando que sea procedente una indemnización por cada uno de los conceptos reclamados por los recurrentes. De este modo, el Tribunal Supremo señala que en cuanto al aval presentado por los recurrentes, puede ser exigido igualmente en un régimen de libre competencia del mercado de plátanos; la construcción de una nave no deja de ser una inversión inmobiliaria, que tiene una real permanencia en el tiempo, con independencia del régimen del mercado mayorista de plátanos; y, en lo referido al lucro cesante, el Tribunal Supremo recuerda que se trata de una expectativa, y que no constituye un perjuicio singularizado ni efectivo, por lo que no puede reclamarse por la vía de la responsabilidad patrimonial.

B) Licencia de gran establecimiento comercial que afecta a la actividad de otra Comunidad Autónoma

La autorización de grandes establecimientos comerciales por las autoridades autonómicas puede plantear problemas cuando el radio de influencia de la actividad autorizada afecte a municipios ubicados en otra Comunidad Autónoma. Se trata del problema de los efectos extraterritoriales del ejercicio de una competencia autonómica.

Éste es el caso que se plantea en la **STS de 5 de junio de 2007**, Ar. 5035, la cual tiene como objeto la impugnación de una licencia de implantación de un hipermercado en el municipio de Ribera Baja, Álava, con una clara influencia en el municipio de Miranda de Ebro, situado en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. La licencia es impugnada por una entidad privada que ejerce la actividad comercial en Miranda de Ebro.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, pero formula unas consideraciones generales de interés sobre el fondo del problema, un problema que entiende no puede resolver.

Los argumentos para desestimar el recurso son los siguientes: a) La sentencia no es arbitraria pese a tratarse de una licencia para un gran establecimiento comercial que se otorga donde sólo existe una población de 555 habitantes. El Tribunal entiende que la razonabilidad de la actividad a desarrollar debe ser valorada por quien solicitó la licencia, sin que a él le corresponda entrar a decidir sobre la oportunidad de una decisión empresarial. b) No existe fraude de ley, ya que no se demuestra que al otorgarse la licencia se quiera influir en la población de Miranda de Ebro (36.668 habitantes) ni que se trate de vulnerar la normativa autonómica de Castilla y León que no permitía abrir nuevos grandes establecimientos comerciales en la zona de influencia de Miranda de Ebro. Para el Tribunal Supremo la autorización debió otorgarse atendiendo tan sólo a la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma del País Vasco, y según dicha normativa procedía otorgar la autorización. c) No se debió dar audiencia al municipio de Miranda de Ebro ni a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. d) No se vulneró la ley de defensa de la competencia al no crearse una posición de dominio.

Como hemos dicho, sin perjuicio de desestimar el recurso, el Tribunal formula una reflexión general sobre el problema de fondo que plantea el conflicto. En este sentido dice: “Es cierto que en determinados supuestos de territorios limítrofes de Comunidades Autónomas la influencia mutua entre ellos origina ciertas disfunciones, sobre todo en casos como el presente

en el que no existen accidentes geográficos que minimicen los choques que se producen recíprocamente. Las que se ponen de manifiesto en el recurso son consecuencia de la cercanía de estos territorios con una interacción comercial y económica que es imposible evitar. El legislador suele establecer mecanismos de coordinación o cooperación para resolver los conflictos que esta influencia puede producir. El que no existan en supuestos como el actual no quiere decir que se llegue a soluciones extremas de interrumpir cualquier tipo de actividad económica so pretexto de evitar una colisión de intereses entre empresas que quieren establecer en suelos cercanos pero pertenecientes a distintas regiones”.

6. COMISIÓN DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

La STS de 6 de junio de 2007, RJ 2007/5026, se centra sobre el ámbito objetivo y subjetivo de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al resolver un recurso de casación el objeto del cual era el requerimiento realizado por la Comisión de información a un importante número de empresas y personas que realizaban la actividad de telefonía de uso público. En este sentido, la Sala afirma que el ámbito subjetivo de la competencia de la Comisión se refiere a todas las empresas que operen en el “sector de las telecomunicaciones”, que engloba no sólo a los operadores en el sentido más estricto del término, sino a todas las “empresas que operen o actúen en el sector, esto es, que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus manifestaciones, en la medida en que intervienen en sucesivas fases y momentos de prestación de servicios a los consumidores, así como en la formación de precios de los distintos servicios”.

Desde esta perspectiva, y para el cumplimiento de sus funciones, el Tribunal entiende que la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, habilita legalmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para recabar de todas ellas la información que resulte pertinente, estando dichas empresas obligadas a suministrarla.

7. CONTRATACIÓN PÚBLICA

Durante el año 2007 el Tribunal de Justicia europeo ha dictado diversas sentencias de interés sobre esta materia, entre las que procede destacar las tres siguientes. La primera es la STJCE de 18 de enero de 2007, As. C-220/05, J. Aroux y Commune de Roanne, que resuelve tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal francés acerca de la interpretación de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. En relación con la primera, se planteaba si constituye o no un contrato de obras, en el sentido del artículo 1 de la citada Directiva, el convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora (el municipio de Roanne) encarga a una segunda entidad adjudicadora (la empresa de equipamientos SEDL) la realización, con un fin de interés general, de un proyecto de ordenación en el marco del cual la segunda entidad adjudicadora entrega a la primera obras destinadas a satisfacer sus necesidades, de manera que, al expirar dicho convenio, la primera entidad adjudicadora pase automáticamente a ser propietaria de los terrenos y las obras que no hayan sido enajenados a

terceros. El Tribunal entiende que la respuesta debe ser positiva, en la medida en que el objeto del convenio comprende la realización de determinadas tareas que culminan con la realización de una obra (la construcción de un centro de ocio) en el marco de un proyecto dirigido a satisfacer las necesidades del municipio (dinamizar un barrio), siendo irrelevante a estos efectos que SEDL no ejecute directamente las obras sino que las encargue a subcontratistas, así como que en el convenio se prevea que las obras están destinadas principalmente a ser adquiridas por terceros. Debe hacerse notar el resultado extensivo de la interpretación que la sentencia dispensa al concepto de contrato de obras en el sentido de las Directivas comunitarias, ya que, con arreglo al Derecho francés, los convenios públicos de ordenación se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas, lo que incluye la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos. Es cierto que la interpretación del Tribunal está guiada por la necesidad de asegurar el efecto útil del Derecho comunitario, pero no lo es menos que la doctrina en virtud de la cual las propias normas del Tratado excluyen la posibilidad de adjudicar sin licitación contratos no comprendidos en las Directivas reduce la necesidad de este tipo de interpretaciones.

En segundo lugar, el Tribunal responde a una cuestión prejudicial acerca del modo en que procede calcular el importe del contrato a los efectos de considerar o no alcanzado el umbral de la Directiva. La sentencia afirma, en particular, que el efecto útil de la Directiva exige estar al valor global del contrato, incluyendo aquí, no sólo la totalidad de los importes satisfechos por el municipio de Roanne (la contraprestación satisfecha por las obras que le sean transmitidas y la participación económica abonada por la totalidad de las obras que deban realizarse), sino también los importes recibidos de terceros por SEDL en contraprestación a las obras que no pasen a ser propiedad de aquélla.

En tercer lugar, el órgano remitente preguntaba al Tribunal si el municipio de Roanne quedaba exento de aplicar los procedimientos de las Directivas por el hecho de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo podía celebrarse con determinadas personas jurídicas que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, a su vez, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes. Por una parte, el Tribunal recuerda que la Directiva no contiene excepciones para casos como éstos. Por otra parte, la sentencia constata que la conocida como doctrina *Teckal* no resulta aplicable al caso debido a que SEDL era una sociedad de capital mixto, de modo que no podía concurrir en ella el requisito relativo al control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Finalmente, la Directiva no contiene disposiciones que permitan dejarla inaplicable en los contratos públicos de obras celebrados entre dos entidades adjudicadoras, aun suponiendo que la segunda entidad se vea obligada a subcontratar el valor total del contrato con sucesivos contratistas y a aplicar, a tal efecto, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva.

El segundo pronunciamiento que debe ser destacado es la STJ de 19 de abril de 2007, As. C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales y Tragsa, en la que se resuelve una

cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo acerca de la compatibilidad con las Directivas 93/36 y 93/37 de una legislación que, como la española, reconoce a *Tragsa* la posibilidad de realizar operaciones sin estar sujeta al régimen previsto por tales Directivas. El artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, recientemente derogado por la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, configuraba a *Tragsa* como una sociedad estatal en cuyo capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas, calificándola como un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada. Conforme a los artículos 3 y 4 del Real Decreto 371/1999, *Tragsa* estaba obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Por último, según la misma norma, las relaciones de *Tragsa* con estos entes públicos no serían naturaleza contractual, sino de carácter interno, dependiente y subordinado, constituyendo la sociedad un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes. La nueva regulación contenida en la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público mantiene sustancialmente esta regulación.

El Tribunal recuerda que, conforme a la doctrina *Teckal*, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En cuanto al primer requisito, el Tribunal considera que no parece que *Tragsa* pueda tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En el asunto principal, el 99 por 100 del capital social de *Tragsa* pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad *holding* y de un fondo de garantía, y cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 por 100 de dicho capital. La sentencia rechaza la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales *Tragsa* debe ser considerada un tercero.

Por otro lado, el Tribunal recuerda que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el segundo requisito señalado puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto. En el asunto principal, *Tragsa* realiza por término medio más del 55 por 100 de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 por 100 con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la

controlan. Por todo ello, la sentencia concluye que las Directivas comunitarias en materia de contratos no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a *Tragsa*.

La tercera sentencia es la STJCE de 18 de diciembre de 2007, As. C-220/06, **Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional acerca de un convenio celebrado por la Administración General del Estado y la entidad *Correos*, en virtud del cual la primera encarga a la segunda, al margen de los requisitos de contratación del Derecho comunitario, la prestación de servicios postales, tanto reservados como no reservados y, por tanto, también servicios liberalizados. El Tribunal considera que la respuesta a esta cuestión debe partir de la distinción de tres supuestos distintos. En primer lugar, y por lo que respecta a los servicios postales reservados a un único proveedor, siempre que se hayan reservado de conformidad con la Directiva 97/67/CE, de liberalización de los servicios postales, será inevitable que tales servicios queden al margen de la competencia, ya que ningún otro operador económico estará autorizado a prestarlos, de manera que la Administración General del Estado bien podría inaplicar directamente las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Nada de esto ocurre cuando el encargo se refiere a servicios postales no reservados y, por ello, abiertos a la libre competencia. En este caso la sentencia considera que la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, se opone a que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que dichos convenios constituyan contratos celebrados por escrito y a título oneroso y superen los umbrales previstos en la Directiva 92/50. Incluso en el caso de que el contrato controvertido no superara los umbrales previstos en la citada Directiva, el Tribunal recuerda que los Estados miembros no pueden desconocer los principios que en esta materia se derivan del Tratado y, en particular, los artículos 43, 49 y 86 del Tratado CE, y los principios de no discriminación e igualdad de trato, que se oponen a la falta total de licitación de los contratos. Esta conclusión se hace extensiva en la sentencia a los encargos realizados a *Correos* por la Administración General del Estado, con independencia de que su importe no supere los umbrales de la Directiva 92/50.

No obstante, el Tribunal considera que la conclusión alcanzada en estos dos supuestos habría de ser otra si el convenio controvertido constituyera, en realidad, un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se apartara sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último. En este caso, el Tribunal entiende que, con independencia de que el encargo supere o no los umbrales, así como de que se formalice como un negocio jurídico bilateral, la operación no se realizaría en el seno del mercado de los contratos públicos, sino en el marco de una operación de imposición de obligaciones de servicio público, de manera que no estaría sometido a las normas sobre libertades y competencia, y por ello tampoco a las

normas en materia de adjudicación. Una cuestión distinta, que se plantea en un momento lógicamente posterior y que, por ello, no llega a afrontar el Tribunal, es la de los términos en los que dichas obligaciones pudieran ser impuestas, así como la de la financiación del coste derivado de su cumplimiento.

8. ENERGÍA

A) Distribución y comercialización de energía eléctrica

Los requisitos de capacidad económica y técnica para obtener la autorización definitiva para ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica y, de este modo, la inscripción al registro correspondiente son objeto de las **SSTS de 3 de mayo de 2007**, RJ 2007/4363 y **12 de junio de 2007**, RJ 2007/3415. En ambos casos, el Tribunal reconoce a la parte actora el derecho a la autorización definitiva e inscripción de su condición de comercializadora en el registro, desestimando las alegaciones de la representación de la Administración General del Estado sobre la posible vulneración de las reglas que determinan el contenido de las sentencias.

Por su parte, la **STS de 5 de junio de 2007**, RJ 2007/5216, resuelve el recurso de casación planteado por Iberdrola, SA frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2004. El recurso, en este caso, se fundamenta en dos motivos: en primer lugar, la competencia de la Generalidad Valenciana para aprobar la ejecución de proyectos de instalación de distribución de energía eléctrica, sometida a condición de conexión a la red de transporte y, en segundo lugar, el derecho de una sociedad cooperativa a la red de transporte o distribución.

Respecto al primero de ellos, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo declara que, aunque la Ley del Sector Eléctrico atribuya al Estado en exclusiva el establecimiento de los requisitos mínimos de calidad y seguridad que han de regir el suministro de energía eléctrica para todo tipo de líneas, la aplicación concreta de estos requisitos corresponde a la Administración que, de acuerdo con el reparto competencial, le compete la autorización de las instalaciones eléctricas. Pues, como afirma el Tribunal, dicha instalación exige siempre la comprobación de su aptitud técnica y económica. Asimismo se afirma que la competencia del Estado para establecer la retribución de la garantía de potencia y de aquellas actividades que tienen la consideración de reguladas no impide a la Comunidad Autónoma valenciana el otorgamiento de la autorización de conexión al mercado organizado de producción. Concluyendo, por tanto, que existe “una concurrencia de autorizaciones que, aunque estén vinculadas entre sí, cada una de las cuales tiene su propio régimen y, por supuesto, su otorgamiento corresponde separadamente a las Administraciones que conforme al reparto competencial señalado tienen atribuida la competencia”.

El segundo motivo, por su parte, parte de la vulneración de la Ley del Sector Eléctrico en lo que se refiere al acceso a las redes de transporte y distribución, que, según el Tribunal Supremo, no supone exclusivamente el derecho a la utilización de la red ya instalada, sino también

el derecho de conexión con ellas cuando fuere necesario. Reconociéndose, expresamente a las sociedades cooperativas este derecho de acceso, de conformidad con el artículo 9 de la Ley del Sector Eléctrico.

Sin embargo, a pesar de esta argumentación y de un modo ciertamente confuso, la Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso planteado por Iberdrola por incongruencia de la Sala de instancia, puesto que ésta, al fundamentar su decisión en la Sentencia dictada por la propia Sala de 26 de enero de 2004, que en relación con el mismo acto que es objeto de este proceso, lo anuló por considerar que la Generalidad Valenciana carecía de competencia para imponer la conexión a la red de transporte, debería igualmente haber declarado la ilegalidad del acto por el que se aprobó la ejecución de los proyectos de instalaciones de distribución de energía eléctrica.

Esta Sentencia cuenta con un voto particular de don Óscar González González, que precisamente había sido designado ponente de ésta, 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”.

La **STS de 12 de junio de 2007**, RJ 2007/5225, resuelve el recurso de casación interpuesto por Repsol Butano, SA frente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2004. El principal motivo de casación se refiere a la posible vulneración de los criterios liberalizadores del sector de los hidrocarburos previstos en la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

En este caso, la Administración autonómica había denegado a Repsol Butano la licencia de distribución de gas licuado del petróleo en una determinada localidad madrileña, al haberse otorgado una autorización administrativa previa para la distribución de gas natural. Planteado el recurso por dicha entidad mercantil, la Sala lo estima, afirmando que mediante el acto denegatorio de esta autorización se estaba estableciendo un monopolio a favor de un determinado operador y para una forma específica de combustible, sin que se justificase de forma expresa en el expediente los motivos técnicos que recomendaban el sistema de gas natural ni la incompatibilidad entre las instalaciones de las dos autorizaciones enfrentadas.

B) Producción de energía eléctrica

La **STS de 4 de julio de 2007**, RJ 2007/5538, resuelve el recurso de casación planteado por el Estado frente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2004, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo planteado por una central hidroeléctrica frente a la denegación del Ministerio de Industria y Energía, por silencio administrativo, de la solicitud de reconocimiento como instalación acogida al régimen especial de producción de energía eléctrica.

XIV. Derecho Administrativo Económico

La Sala desestima el recurso, al entender que el Real Decreto 1778/1994, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no era aplicable al caso. En efecto, partiendo de la base de que la actora contaba ya con una autorización de instalación eléctrica, el procedimiento versaba únicamente sobre la posibilidad de acogerse a un determinado régimen especial de fomento previsto en el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre.

De este modo, al constatar que en estos procedimientos no existía precepto legal o reglamentario que otorgase carácter negativo al silencio de la Administración, sin que se tratase tampoco de uno de los supuestos respecto de los cuales es imposible estimar mediante los actos presuntos favorables las solicitudes de los administrados, es decir, que supusiera la transferencia de facultades relativas al dominio o servicio público, o cuando concurren consideraciones de orden público, seguridad pública o análogos, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia.

Por su parte, la **STS de 30 de junio de 2007**, RJ 2007/3946, resuelve el recurso contencioso-administrativo frente a determinados preceptos del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actuación y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

El recurso se articula en torno a tres argumentos. En primer lugar, se alega la vulneración del principio de jerarquía normativa, al entender que la regulación reglamentaria era contraria a la prevista en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Sin embargo, la Sala rechaza dicho motivo porque la citada Ley, al prever el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se limita a establecer los conceptos que deben integrar la retribución de esta actividad, pero no impone que la tarifa necesariamente deba reflejar el precio final de cada tramo horario de programación. De modo que, la previsión del Real Decreto impugnado de que la tarifa regulada sea única para todos los períodos de programación puede incluirse dentro del margen que la Ley concede al titular de la potestad reglamentaria.

Igualmente, se alega que el citado Real Decreto no ha reconocido a los productores de energía eléctrica de régimen especial que opten por la retribución mediante tarifa la prima que establece el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico. En este caso, partiendo de los numerosos incentivos previstos en la norma reglamentaria para los productores que decidan participar directamente en el mercado y, entre ellos, la prima prevista en el artículo anterior, el Tribunal entiende que no se vulnera la Ley por el hecho de que el Real Decreto prevea la posibilidad de optar por una remuneración mediante tarifa regulada sin prima, porque la Ley del Sector Eléctrico “no exige que en toda posible modalidad de retribución de régimen especial deba contemplarse la referida prima, sino que basta que se contemple al menos en una modalidad de retribución”.

El segundo motivo de impugnación se refiere a la obligación de programar e informar de la energía a verter por parte de los productores de energía eléctrica en régimen especial que, según la actora, al no figurar en la Ley del Sector Eléctrico, ni tampoco en el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, infringe el principio de seguridad jurídica, confianza legiti-

ma e interdicción de la arbitrariedad. Aun así, el Tribunal, partiendo del carácter fuertemente regulado del sector eléctrico y de las habilitaciones normativas genéricas previstas en la Ley y en el Real Decreto-Ley 6/2000 se justifica la introducción de esta medida, la cual, según el Tribunal, tiene un objetivo claro y perfectamente razonable, cual es otorgar la mayor previsibilidad y regularidad posible al sistema.

Por último, se alega vulneración del principio de seguridad jurídica al requerirse para la efectiva aplicación de su régimen jurídico que, a la entrada en vigor del Real Decreto 436/2004, se contase con la inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial.

Para la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la Ley del Sector Eléctrico establece expresamente que la inscripción en el mencionado Registro determina el régimen económico al que se encuentran acogidas las distintas instalaciones, por lo que la entidad recurrente no ostentaba ningún derecho adquirido en relación con dicho régimen económico antes del cumplimiento de este requisito formal.

9. FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: EL FONDO DE SUFICIENCIA Y EL FONDO DE COMPENSACIÓN TERRITORIAL

A) Financiación de las Comunidades Autónomas: el Fondo de Suficiencia y el Fondo de Compensación Interterritorial

En el último trimestre de 2007 el Tribunal Constitucional ha emitido tres sentencias en materia de financiación autonómica, todas ellas protagonizadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que ha impugnado las correspondientes Leyes de presupuestos generales del Estado para 2002, 2003 y 2004.

La primera de ellas, la **STC 237/2007, de 8 de noviembre**, RI núm.1648-2004, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 92 y la correspondiente partida presupuestaria fijada en la Sección 32 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2004. Las objeciones de constitucionalidad afectan a uno de los recursos financieros que prevén las normas del bloque de la constitucionalidad para las CCAA: la participación en los ingresos del Estado a través del Fondo de Suficiencia. Y, concretamente, se fundamentan en que Administración del Estado, a través de las disposiciones presupuestarias impugnadas, ha minorado la base de cálculo de las entregas a cuenta de dicho Fondo. En base a ello, el Gobierno recurrente alega la vulneración de múltiples preceptos constitucionales, lo que conduce al Tribunal a considerar que se trata de una impugnación global carente de un razonamiento desarrollado que la sustente. Por otra parte, no considera que la citada minoración esté suficientemente acreditada ni que se deduzca de los datos oficiales existentes sobre el particular.

En consecuencia, el Tribunal recuerda que no existe un derecho constitucional de las CCAA a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos

existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación. Asimismo, por esta razón y ante la falta de acuerdo entre las instancias políticas, la Comunidad Autónoma no puede reclamar para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder que el Tribunal aplique el criterio o la variable que sea más favorable a sus intereses en cada momento.

La siguiente **STC 238/2007, de 21 de noviembre**, RI núm. 1903-2002, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2002, queda referida exclusivamente, tras el desistimiento parcial formulado por la Junta de Andalucía, al artículo 88 y a las cuantías fijadas en la Sección 33 de dicha Ley. Respecto al objeto del recurso, el Tribunal hace dos aclaraciones formales: la constatación, como en el caso anterior, de que los recurrentes llevan a cabo una impugnación carente de un razonamiento suficientemente desarrollado como para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de una norma con rango legal, y la no aplicación de la doctrina del *ius superveniens* por la modificación del Estatuto de autonomía de Andalucía.

A continuación, tras dejar constancia del marco normativo que considera aplicable al Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), el Tribunal analiza las vulneraciones constitucionales denunciadas, que se limitan, por un lado, a cuestionar la cifra de la inversión pública tomada en consideración para el cálculo de dicho Fondo por la Ley 23/2001, de presupuestos generales del Estado para 2002, que difiere de la establecida en la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial y, por otro lado, a cuestionar el porcentaje aplicable a la base de cálculo. El Tribunal rechaza tal planteamiento por entender que pretende utilizar la Ley 22/2001 como parámetro de constitucionalidad. En este sentido, considera que las leyes de presupuestos generales son leyes en sentido formal y material, de modo que pueden acometer directamente la modificación de otras normas con rango de ley, con dos salvedades.

Un primer límite, el contenido propio que corresponde a este tipo de leyes, que es doble y que consiste en: un contenido esencial, mínimo y necesario, y un contenido eventual o disponible, que son aquellas otras previsiones que, no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o se dirigen a una mejor ejecución del presupuesto. En este sentido, la eventual modificación de la base de cálculo del FCI por la Ley de presupuestos generales del Estado guarda aquella relación, en la medida en que su mayor o menor cuantía supondría, no sólo una mayor o menor autorización al Estado –habilitación de gasto– sino también una mayor o menor previsión de ingresos para las CCAA. Un segundo límite, que consiste en que la Ley de presupuestos no puede regular el régimen sustantivo de una parcela del ordenamiento jurídico, que por contenido le pueda corresponder, sin modificar previamente la norma legal que la viene regulando. No puede, pues, desconocerla y debe respetarla en tanto no la modifique expresamente, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica contrarias al artículo 9.3 CE.

Dicho lo anterior, el Tribunal considera que la Ley de presupuestos impugnada no ha desconocido la Ley 22/2001, sino que, al contrario, da cumplimiento a las exigencias constitucionales

y legales establecidas para la dotación del FCI: que se dote el correspondiente Fondo o Fondos [artículos 158.2 CE, 4.2.i), 16.1 LOFCA 1996 y 2001, y 56.7 EAA]; que tenga carácter anual (artículo 16.1 LOFCA 1996 y 2001), y que como mínimo sea equivalente al 30 por 100 de la inversión pública prevista en los presupuestos generales del Estado de cada ejercicio (artículo 16.1 LOFCA 1996), mínimo al que hay que hacer algunos añadidos desde el 1 de enero de 2002.

Partiendo de la base de que precisamente corresponde a la Ley de presupuestos generales del Estado la función de fijar el porcentaje que, aplicado sobre la base del FCI, determina su cuantía (artículo 2.3 y Disposición Adicional Única de la Ley 22/2001), el Tribunal, tras un pormenorizado análisis de las cifras, entiende que no existe divergencia ni incongruencia en dicha Ley de presupuestos, sino una utilización errónea de los porcentajes por el Consejo de Gobierno recurrente. En este sentido, admite que pueda haber un cierto desfase entre la cifra de inversión nueva civil estimada, que sirve de base de cálculo del FCI en el seno del Comité de Inversiones Públicas y la que finalmente aprueben las Cortes Generales y aparezca autorizada en los presupuestos generales del Estado. Pero dicho desfase no es relevante desde el punto de vista constitucional si la dotación calculada sobre la inversión pública estimada supera el límite del 30 por 100 de la inversión pública finalmente autorizada, exigido por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (artículo 16.1 LOFCA).

La conclusión anterior no se ve desmerecida por el hecho de que el legislador pudiera considerar oportuno habilitar la realización de un posterior ajuste en la cuantía del citado FCI, de conformidad con los datos definitivos de cada ejercicio. Es, pues, al Estado, a través de sus presupuestos generales, a quien corresponde en exclusiva decidir, en virtud de su competencia por el artículo 149.1.14 CE y atendiendo a la totalidad de los instrumentos de financiación de las CCAA, a las necesidades de éstas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, la cuantía que sobre el mínimo exigido corresponde al FCI. En este sentido, el Tribunal recuerda una vez más que no existe un derecho de las CCAA, constitucionalmente consagrado, a recibir una determinada financiación.

Por último, se rechaza la vulneración del principio de seguridad jurídica, entendiendo que el posible desfase posterior derivado de fijar la cifra definitiva de la inversión pública del Estado permite a las CCAA perceptoras del citado Fondo, conocer de forma anticipada una cifra que les permite proyectar sus inversiones.

A la Sentencia acompañan dos votos particulares, que no disienten de la conclusión, pero sí de un concreto razonamiento que en ella se utiliza. Concretamente, ambos votos consideran que las leyes de presupuestos generales del Estado, si respetan las limitaciones constitucionales, no sólo pueden modificar, sino también desconocer la regulación de otras leyes precedentes. Entender lo contrario podría conllevar una doctrina según la cual el desajuste entre la Ley de presupuestos y otras leyes, por el desconocimiento por aquélla de la legislación de éstas, pueda considerarse vulnerador del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

La **STC 248/2007, de 13 de diciembre**, RI núm. 1850-2003, resuelve un tercer y último recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalu-

cía contra los artículos 76 y 78 y las cuantías fijadas en la Sección 32 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2003. El objeto del proceso se refiere exclusivamente a la determinación del Fondo de Suficiencia, que surge como mecanismo de cierre del sistema de financiación a raíz del Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de julio de 2001, y que es aplicable a partir del ejercicio 2002. Concretamente, el recurrente alega una indebida minoración del importe de las entregas a cuenta de dicho Fondo, como consecuencia de una errónea aplicación del artículo 15 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA. Se pretende una vez más otorgar relevancia constitucional a una mera disconformidad con las cifras utilizadas por el Estado para el cálculo del Fondo de Suficiencia. En este sentido, el Tribunal vuelve a recordar que la Ley de presupuestos generales es una ley en sentido formal y material, que tiene un contenido propio que se corresponde con este instrumento presupuestario. Por esta razón, en las materias que le corresponden según dicho contenido, puede acometer directamente la modificación de otras normas con rango de ley, con la salvedad que no puede desconocer el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, procediendo a efectuar una aplicación diferente a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. Es decir, la Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado, debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de provocar situaciones de inseguridad jurídica contrarias al artículo 9.3 CE.

Tras el análisis de la documentación aportada, el Tribunal concluye que tanto para el cálculo de las entregas a cuenta del Fondo de Suficiencia correspondientes al ejercicio 2003, como para su liquidación definitiva, se tomaron en consideración las variables que la normativa aplicable exige y que, por tanto, no ha habido desconocimiento de la Ley 21/2001. Asimismo, entiende que no ha habido vulneración del principio de seguridad jurídica por falta de claridad, confusión normativa o incertidumbre insuperable acerca de la conducta que deba adoptar la Comunidad Autónoma Andaluza.

Por los mismos motivos que en la Sentencia anteriormente comentada y en relación al mismo pronunciamiento general sobre las leyes de presupuestos generales del Estado, se formulan dos votos particulares que defienden que la ley posterior no está limitada en ningún sentido por la ley anterior, de manera que debería ser posible que la Ley de presupuestos generales desconociera una ley anterior sin modificarla previamente.

B) Capacidad de las Comunidades Autónomas para crear un sistema de tributos propios

El ATC 456/2007, de 12 de diciembre, inadmite a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la Ley del Parlamento de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, en lo relativo al impuesto sobre depósito de residuos radioactivos.

Para ello, el Auto analiza primero los requisitos formales que establece el artículo 35.2 LOTC y, principalmente, la exigencia de que el órgano judicial identifique el precepto constitucional que se supone infringido y exteriorice el razonamiento que le ha llevado a cuestionar

la constitucionalidad de la norma aplicable. Por este motivo, el Tribunal desecha la supuesta vulneración de los artículos 133.1, 139.2, 149.1.14 y 156 CE y analiza únicamente la alegada vulneración del límite establecido en el artículo 6.3 LOFCA, integrante del bloque de constitucionalidad (artículo 28 LOTC) y del artículo 157.2 CE en relación con el artículo 9 LOFCA. Aunque el Tribunal ya concluye de entrada sobre lo infundado de la cuestión de inconstitucionalidad planteada y su inadmisión a trámite, a continuación expone los razonamientos de fondo que le llevan a esta conclusión.

En primer lugar, sitúa la cuestión en el contexto del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, para lo cual expone resumidamente su doctrina en relación a dicho principio constitucional, que implica la capacidad de aquéllas para acceder a un sistema adecuado de ingresos (en términos de suficiencia), de acuerdo con los artículos 113.2 y 157.1 CE. Uno de los instrumentos para alcanzar la autonomía financiera, en la vertiente de los ingresos, es la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de establecer y exigir “sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales” (artículo 157.1 CE; artículos 4 y 5 LOFCA). A este respecto, el Tribunal recuerda que los tributos no son sólo una fuente de ingresos, sino que también pueden responder a políticas sectoriales distintas de las meramente recaudatorias (fin extrafiscal), dentro del marco de las competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (artículo 31), la LOFCA (artículo 157.3 CE) y los Estatutos de autonomía. En este sentido, la capacidad de las Comunidades Autónomas para crear un sistema de tributos propios tiene dos límites infranqueables: la duplicidad respecto los hechos imponible gravados por el Estado o doble imposición y las materias imponibles reservadas a las Corporaciones locales, vedando cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico (artículo 6.2 y 3 LOFCA).

A la vista de esta doctrina, el Tribunal analiza si el impuesto sobre depósito de residuos radioactivos grava una materia imponible reservada a las Corporaciones locales y, más concretamente, si grava la misma fuente de riqueza sometida a tributación por el Impuesto sobre Actividades Económicas o, por el contrario, tiene un objeto distinto. Para ello examina la naturaleza de este tributo local (IAE) para concluir que tiene una finalidad fiscal (allegar medios económicos a las haciendas locales para financiar su gasto público), que grava el ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, potencialmente generadoras de ingresos económicos para quienes las realizan. En cambio, el tributo autonómico andaluz, objeto de la cuestión, tiene una finalidad parafiscal, consistente en establecer una carga fiscal sobre la entrega de residuos radioactivos en razón de los perniciosos efectos que sobre el medio ambiente tienen este tipo de residuos. No se trata, pues, de un tributo contributivo, sino que prima su vertiente retributiva, ya que su exacción depende del riesgo que encierra para el medio ambiente el depósito del residuo.

Seguidamente, el Tribunal estudia el otro motivo de duda del órgano judicial, que se refiere a la eventual vulneración de los artículos 157.2 CE y 9 LOFCA, relativos ambos a la prohibición de que las Comunidades Autónomas adopten medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.

En relación a este motivo la Sentencia alude al principio de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas, así como al principio de unidad de mercado, para concluir que la medida tributaria a la que se refiere la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera ni uno ni otro. Efectivamente, los residuos cuya entrega para su depósito determinan la aplicación del impuesto autonómico pueden ser considerados bienes muebles que han sido trasladados a la Comunidad Autónoma andaluza para su almacenamiento en un vertedero situado en su territorio. Por ello, los elementos del nuevo tributo pueden estimarse encuadrados dentro del ámbito territorial propio de la potestad tributaria autonómica. De otro lado, el impuesto tampoco supone un obstáculo para la libertad de circulación de mercancías, servicios y capitales, pues se establece por igual para la actividad de entrega de residuos, con independencia del lugar de donde éstos procedan. Por último, respecto a los posibles efectos (que no se consideran probados) que la aplicación del impuesto pueda tener sobre el coste de producción de energía eléctrica de origen nuclear y, por tanto, sobre la tarifa eléctrica única, el Tribunal recuerda que el artículo 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, prevé expresamente la posibilidad de incluir un suplemento territorial en las tarifas que deben satisfacer los consumidores de energía eléctrica, que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local.

10. TRANSPORTES

A) De viajeros por carretera. Sustitución de líneas y obtención de concesiones

La STS de 12 de junio de 2007, RJ 2007/5224, resuelve el recurso de casación que dos entidades mercantiles que actúan en el sector de los transportes de viajeros por carretera interpusieron contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de enero de 2004, JUR 2005/210180.

Los hechos que originaron el presente proceso parten de las Resoluciones de 17 de febrero de 2000, dictadas por la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera, y que autorizaron el cambio de titularidad del servicio de transportes de viajeros por carretera entre las poblaciones de Sevilla-Montgat y Málaga-Montgat, ostentados hasta entonces por la empresa “Grupo Enatcar, SA”, a favor de “Transportes Bacoma, SA”.

Contra las mencionadas Resoluciones, las ahora entidades recurrentes interpusieron un recurso de alzada ante la Subsecretaría del Ministerio de Fomento que, por Resolución de 14 de mayo de 2001, fue desestimado. Recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ésta lo declaró inadmisibile por falta de legitimación activa de los recurrentes, en la Sentencia de 9 de enero de 2004, antes citada.

En la Sentencia de 12 de junio de 2007, el Tribunal Supremo examina dos cuestiones. Por una parte, si las entidades recurrentes gozaban de legitimación activa para interponer el recurso contencioso-administrativo. Por otra parte, el cambio de titularidad en la prestación de servicios de transporte de pasajeros por carretera.

En cuanto a la primera de las dos cuestiones indicadas, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, puesto que los razonamientos jurídicos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al inadmitir el recurso contencioso-administrativo, constituyeron una aplicación excesivamente rigorista y desproporcionada del artículo 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal de instancia señaló que el hecho de que en vía administrativa se reconozca la condición de interesado no otorga automáticamente legitimación para accionar en vía jurisdiccional. El Tribunal arguyó que el hipotético éxito de la acción no afectaría a la esfera jurídica de las entidades recurrentes.

Frente a estos razonamientos, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina jurisprudencial sobre el concepto de legitimación, que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada entre otras en su Sentencia 226/2006, de 17 de julio, y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 9 de noviembre de 2004. Caso Sáez Maeso contra España).

El Tribunal Supremo resalta que las adjudicaciones definitivas de las explotaciones de los servicios de transporte de viajeros por carretera entre Málaga y Montgat, y entre Sevilla y la misma ciudad de Montgat, afectaban a los intereses de aquellas empresas que, como las recurrentes, habían formalizado contratos de colaboración con RENFE para la prestación del servicio con sus propios medios materiales. A estos efectos, el Tribunal Supremo cita su Sentencia de 1 de febrero de 2006, RJ 2841.

Una vez llegados a este punto, el Tribunal Supremo asume la posición de Sala de instancia [artículo 95.2, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio], examina la segunda de las cuestiones que se le habían planteado, y desestima el recurso de casación interpuesto por las entidades mercantiles, para lo que vuelve a remitirse a su Sentencia de 1 de febrero de 2006, RJ 2841.

Ciertamente, admite el Tribunal Supremo, en 1986 se celebró un contrato privado entre RENFE como arrendatario y una de las entidades mercantiles recurrentes en casación en calidad de arrendador. Pero recuerda que posteriormente entró en vigor la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y, añade el Tribunal Supremo, “la cuestión relativa a los derechos preexistentes de empresas privadas colaboradoras en la prestación del servicio público regular del transporte por carretera no puede interferir en el proceso de sustitución de concesiones por nuevas concesiones aprobadas de conformidad con lo prevenido por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio”.

El Tribunal Supremo precisa que RENFE, posteriormente sustituida por Enatcar, puso en marcha en 1988 el procedimiento establecido por la mencionada Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio. Es cierto, prosigue el Tribunal Supremo, que debían respetarse los derechos de las empresas privadas que, como la recurrente, colaboraban de diversas maneras en la gestión de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera.

Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que el respeto de esos derechos no podía condicionar el ejercicio de las facultades que la Ley reconocía a los titulares del servicio público, como era Enatcar, en la autorización de la sustitución de líneas y obtención de concesiones, todo ello sin perjuicio del reconocimiento de los derechos preexistentes de las recurrentes por la jurisdicción civil.

El Tribunal Supremo, citando siempre su Sentencia anterior de 1 de febrero de 2006, RJ 2841, señala que, cuando se produjo la adjudicación definitiva, hubo un recurso que, sin embargo, no se enfrentó al problema desde el punto de vista del derecho a permanecer o no en la prestación del servicio, sino desde la vertiente de la indebida resolución de un contrato civil, cuestión esta que no correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para acabar, el Tribunal Supremo destaca que la ausencia de trámite conferido a las entidades afectadas en el expediente de cambio de titularidad de las concesiones del “Grupo Enatcar, SA”, a favor de “Transportes Bacoma, SA”, no supone una causa de anulación, puesto que no se les ha producido una efectiva indefensión, en la medida que han podido intervenir en el proceso y defender sus posiciones jurídicas.

B) Ampliación del número de licencias municipales de auto-taxis

En la **STS de 21 de mayo de 2007**, RJ 4368, se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Algeciras frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 17 de junio de 2003.

En cuanto a los hechos, se desprende de la Sentencia que el Ayuntamiento de Algeciras adoptó una propuesta de ampliación del número de licencias del servicio de auto-taxis. El expediente administrativo incluía un estudio realizado por el Área municipal de Seguridad Ciudadana, que se pronunciaba sobre la necesidad y conveniencia del aumento de licencias. Como el citado informe no cuantificaba el número de éstas, se requirió un nuevo informe a la citada Área de Seguridad Ciudadana, que en aplicación de lo dispuesto por el Reglamento Municipal, y tras resaltar que Algeciras, a diferencia de otras ciudades similares, tiene una notable población de hecho, concluyó que la ampliación del número de licencias debía alcanzar las diez.

Sin embargo, el Acuerdo municipal del Pleno a la sazón impugnado creó treinta licencias nuevas. Impugnado éste por una sociedad cooperativa de radio taxi, el recurso contencioso-administrativo fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la antes citada Sentencia de 17 de junio de 2003. Fue entonces el Ayuntamiento de Algeciras quien interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para lo que arguyó que, en contra de lo sostenido por la resolución judicial, en el expediente constaban varios informes y se había seguido el procedimiento previsto, por lo que el acuerdo municipal no podía ser tildado de arbitrario. El ente local concluyó citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se admite la posibilidad de que el órgano competente del Ayuntamiento puede incrementar el número de licencias de taxi.

El Tribunal Supremo empieza su breve razonamiento jurídico recordando el carácter formalista y restrictivo que ha caracterizado el recurso de casación, y que quedó plasmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1995, de 7 de febrero. El Alto Tribunal considera que las sentencias invocadas como infringidas por la corporación local, aunque es cierto que se refieren a la ampliación del número de licencias de taxi, no guardan relación directa con el presente asunto.

Para el Tribunal Supremo, formalmente se elaboró un expediente con los informes y audiencias requeribles, mas en el momento de adoptar la decisión sobre el número de licencias, el Ayuntamiento no expresó las razones que amparaban su resolución definitiva, una resolución que se apartaba del contenido del informe del Área de Seguridad Ciudadana. El Tribunal Supremo destaca que el Ayuntamiento de Algeciras no aportó otro informe que avalara la decisión municipal.

La sentencia concluye que se reconoce la facultad discrecional de la corporación local para ampliar el número de plazas de auto-taxi, pero el acuerdo municipal no estaba motivado, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado y la sentencia de instancia deviene confirmada por el Tribunal Supremo.

ANGELS ARRONIZ MORERA DE LA VALL

LUIS ARROYO

ALFREDO GALÁN GALÁN

ELISENDA MALARET

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Resolución por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria al amparo del artículo 26 de la Ley 14/1986 y aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de determinados productos. B) Desechos alimentarios procedentes de la industria agroalimentaria destinados a la producción de piensos. **2. Deporte.** A) Resolución del Ministerio de Educación que desestimó por silencio la solicitud de revisión de oficio formulada ante el Consejo Superior de Deportes de la nulidad del acto de autorización y reconocimiento de la Federación Española de Kickboxing. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Control sobre la denominación de los centros privados. B) Universitaria. a) Legalidad del Decreto de equivalencia de títulos. **4. Extranjeros.** A) Inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de Extranjería. B) Desestimación de recurso contra el Reglamento de Extranjería. C) Permiso de residencia y trabajo. D) Denegación de entrada y expulsión. E) Asilo y condición de refugiado. F) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Libertad de empresa para instalar casinos limitada por la ley. **6. Sanidad.** A) La cirugía de cambio de sexo no es prestación financiable con cargo a la Seguridad Social. B) Consentimiento informado. **7. Seguridad privada.** A) La normativa italiana de seguridad privada infringe el derecho comunitario.

1. CONSUMO**A) Resolución por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria al amparo del artículo 26 de la Ley 14/1986 y aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de determinados productos**

La STS de 27 de junio de 2007, Ar. 6582, confirma en casación la sentencia dictada en primera instancia en relación con la resolución de la Directora General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación con los aceites de orujo de aceituna, al amparo del

artículo 26 de la Ley 14/1986, que aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones “aceite de orujo refinado y de oliva” y “aceite de orujo de oliva”.

El citado artículo 26 determina que cabe adoptar tales medidas siempre que “exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, de modo que en caso de concurrir esas circunstancias podrán adoptarse todas o algunas de las medidas preventivas que enumera el precepto. Pero, es claro, también, que para ello es preciso que exista un riesgo inminente, o lo que es lo mismo que esté a punto de ocurrir, y que, además, sea extraordinario y, por tanto, fuera de lo ordinario. En tal sentido, grave para la salud de los ciudadanos consumidores de esos aceites. Es decir, de concurrir esas circunstancias la medida sería adecuada, proporcionada y oportuna. Para dilucidar si en el supuesto se concitaban esos dos requisitos indispensables se hace preciso examinar la fundamentación de la decisión y la prueba que obra en las actuaciones. Al efecto en primera instancia se afirma que “se ha detectado la presencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos alfa-benzopireno o 3,4 ‘benzopireno,’ en aceites de orujo de aceituna”. Su consumo entraña riesgos que no se afirma sean inminentes, ni desde luego, a juicio del Tribunal, extraordinarios en el sentido antes expuesto de graves. Posteriormente explica la resolución que esos compuestos hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), entre ellos alfa-benzopireno o 3,4 “benzopireno” son sustancias de toxicidad bien documentada (carcinogenicidad, genotoxicidad, inmunotoxicidad constatadas en animales) y agrega que no se ha podido establecer para ellos “un nivel de ingesta seguro” por lo que el JECFA (Joint Expert Comité for Food Additives and Contaminants) aconseja “que se minimice la exposición humana tanto como sea posible, pudiendo entrañar su consumo un peligro grave, aunque no inmediato, para la salud humana”.

La Sentencia recurrida a la vista de esa exposición tuvo por insuficiente la motivación de la misma, y juzgó que con esos datos basados, además, en informes de diez años antes de la OMS, que no existía razón que justificase una medida tan drástica, puesto que no existía riesgo inminente y extraordinario para la salud. Y reforzó su convicción analizando la prueba pericial existente en los autos de la que destacó que “los niveles de contaminación detectados en los diferentes ámbitos, incluidos los alimentos, hoy en día se mantiene por debajo de las dosis supuestamente nocivas para la salud. Quizás sea por esta razón por la que la mayoría de los países europeos, incluido España, no dispusieran de la legislación regulatoria pertinente para determinados alimentos como el aceite de orujo, antes de la detección de partidas de este aceite con niveles más elevados de lo habitual. Y concluye que el posible efecto nocivo de los PAHs no radica en la ingestión ocasional de una dosis anormalmente alta, sino en la ingestión continuada de una dosis nociva durante meses”. Sin que sea desdeñable el argumento utilizado también por la Sentencia, confirmada en casación, en el sentido de que la Administración, el mismo mes en que decidió adoptar las medidas preventivas de inmovilización cautelar y transitoria de los aceites citados, publicase la Orden por la que se establecían los límites de determinados hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva y en concreto del detectado Benzo (a) pireno señalando los límites que no podrían sobrepasarse así como los métodos de análisis a utilizar para su detección.

B) Desechos alimentarios procedentes de la industria agroalimentaria destinados a la producción de piensos

La STJCE de 18 de diciembre de 2007, C-195/05, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República Italiana, porque como determina el Tribunal de Justicia su normativa excluye del ámbito de aplicación de la normativa sobre residuos los desechos alimentarios procedentes de la industria agroalimentaria destinados a la producción de piensos, así como los residuos procedentes de preparaciones culinarias de todo tipo de alimentos sólidos, cocidos y crudos, no incluidos en el circuito de distribución de alimentos, destinados a los establecimientos de acogida de animales de compañía.

La normativa cuestionada crea en realidad una presunción según la cual los materiales de que se trata son subproductos que presentan para su poseedor, debido a la voluntad de éste de reutilizarlos, una ventaja o un valor económico más que una carga de la que desea desprenderse. Ahora bien, aun cuando dicho supuesto pudiera corresponder a la realidad en determinados casos, no puede existir una presunción general de que un poseedor de los materiales de que se trata obtenga de su reutilización una ventaja que vaya más allá de la que resulta del mero hecho de poder desprenderse de ellos. En consecuencia, es necesario señalar que la referida normativa lleva a sustraer de la calificación como residuo en el Derecho italiano a tales residuos que, sin embargo, responden a la definición recogida en el artículo 1, letra a), de la Directiva 75/442 del Consejo. Esta última disposición proporciona no sólo la definición de “residuo” a efectos de la Directiva, sino que también determina, en su artículo 2, apartado 1, su ámbito de aplicación. Al efecto, dicho precepto indica qué tipos de residuos están o pueden estar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva y bajo qué condiciones. Pues bien, cualquier disposición de Derecho interno que limite de manera general el alcance de las obligaciones derivadas de la Directiva más allá de lo autorizado por el citado artículo 2, apartado 1, como sucede con la normativa italiana, infringe necesariamente el ámbito de aplicación de la Directiva 75/442 del Consejo.

2. DEPORTE

A) Resolución del Ministerio de Educación que desestimó por silencio la solicitud de revisión de oficio formulada ante el Consejo Superior de Deportes de la nulidad del acto de autorización y reconocimiento de la Federación Española de Kickboxing

La STS de 27 de noviembre de 2007, Ar. 8189, rechaza el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la representación procesal de la Federación Balear de Kickboxing frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, deducido contra la Resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, que desestimó por silencio la solicitud de revisión de oficio formulada ante el Consejo Superior de Deportes de la nulidad del acto de autorización y reconocimiento de la Federación Española de Kickboxing.

Dos son las cuestiones que centran la atención: la primera, la no admisión de la prueba testifical “al no acotarse el aspecto fáctico que con ella trata de acreditarse, aun admitiendo la corrección procesal de la propuesta conforme a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil”. A la vis-

ta de lo expuesto la demandante presentó un escrito que denominó recurso de súplica frente a esa denegación, y en él efectuó las alegaciones oportunas manifestando que ni en la Ley de la Jurisdicción ni en la de Enjuiciamiento Civil existe mandato alguno que obligue a acotar en la proposición de la prueba testifical el aspecto fáctico que con ella se pretenda acreditar, pese a lo cual explicó el objeto de la prueba que consistía en demostrar que las actas de los clubes eran falsas pues ni aquéllos se reunieron, ni se levantaron actas de esas reuniones, ni se otorgó representación alguna a persona determinada y de ahí la petición de la prueba para que esos testigos se manifestaran sobre esos hechos y expresaran si reconocían sus firmas. El presunto recurso de súplica no fue admitido al ser firme el Auto que se pretendía recurrir, pero de ese modo quedó cumplida la obligación de solicitar la subsanación de la falta en la instancia, lo que reiteró en conclusiones solicitando de la Sala que como diligencia final acordase la prueba para demostrar que al menos en parte las actas eran falsas. Sin embargo, tal motivo tampoco resulta estimado en casación, en la medida que la Ley otorga al Tribunal (artículo 60.3) la facultad de denegar una prueba si estima que carece de trascendencia para la resolución del pleito, y al afirmar que no se ha expuesto cuál era el hecho o la conducta que con esa prueba se pretendía acreditar la denegó al considerarla intrascendente para la resolución del pleito. Al efecto se afirma en la Sentencia que “por encima de todo lo anterior, lo que de la denegación de esa prueba no queda acreditado ni por hipótesis, es que, como consecuencia de ello, a la demandante se le hubiera producido indefensión porque contó con los demás medios de prueba que sin duda eran suficientes para llevar al ánimo del Tribunal la certeza o, cuando menos, la duda, acerca de que no se habían cumplido por la federación inscrita los requisitos precisos para ello. Por el contrario la Sala apoyándose en el expediente en su conjunto alcanzó el convencimiento contrario al de la recurrente”.

En segundo lugar, cuando el Presidente de la Federación Balear se persona en la sede del Consejo Superior de Deportes y examina el expediente que se le muestra, descubre que faltan prácticamente todos los documentos que eran precisos para la inscripción de la federación, y a la vista de ese hecho obtiene una certificación de la Jefe de Área de la Asesoría Técnica del Consejo Superior de Deportes. Sin embargo, en el propio expediente existe un informe suscrito por la misma funcionaria –de fecha posterior como es lógico a la certificación antes transcrita– en el que expresa tras exponer los antecedentes de la posible nulidad de pleno derecho de la impugnada inscripción definitiva de la Federación Española de Kickboxing en el Registro de Entidades Deportivas del Consejo Superior de Deportes que “En el presente caso, la posible nulidad por inexistencia de los documentos que acreditaban la representatividad de las partes intervinientes y que manifestaban su voluntad de crear ante Notario, y ante la Administración deportiva, una asociación de utilidad pública como es una Federación Deportiva, resulta rechazable y no puede prosperar, en la medida que, pese a que se ha producido un error en la consulta del expediente, en el que no fueron hallados los documentos que daban soporte al Acuerdo de la Administración de constituir la Federación en cuestión, ello se ha debido a un defecto de archivo, siendo que los documentos obran en el CSD, y así ha de presumirse a la vista de las copias que, a instancia de la Administración, y con total asunción de las responsabilidades que se pretendan depurar por el extravío o dificultad de localización, demuestran la material existencia de dichos documentos, que son copia de los auténticos, y que se han aportado como decimos por la Federación Española, desvirtuando así toda la su-

puesta presunción de su falta o carencia que pudiera generar debate sobre si la constitución estuvo o no viciada de nulidad por causa de un defecto no subsanable *a posteriori*”.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Control sobre la denominación de los centros privados

La STS de 20 de junio de 2007, Ar. 5547, resuelve un recurso ratificando la denegación de cambio de denominación de un centro privado que pretendía anteponer a su nombre usado hasta ese momento el de “Trinity College”, que, según el Tribunal Supremo, “se corresponde con una conocida institución de enseñanza extranjera, sin que conste el consentimiento de la misma, lo que produce confusión, en tanto hace pensar la existencia de una relación entre el recurrente y aquella institución, que los estudios impartidos en el centro del recurrente pudieran tener algún valor en el extranjero, o que se imparten utilizando métodos o técnicas de esta conocida institución”. Todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 del RD 401/1979, sobre Formación y Publicidad de Centros Docentes no estatales.

B) Universitaria

a) Legalidad del Decreto de equivalencia de títulos

En su STS de 16 de mayo de 2007, Ar. 5067, el Tribunal Supremo desestima un recurso directo contra el RD 1272/2003, de 10 de octubre, que regula las condiciones para la declaración de equivalencia de títulos españoles de enseñanza superior universitaria o no universitaria a los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, por no apreciar las ilegalidades aducidas por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros e Ingenieros Técnicos.

4. EXTRANJEROS

A) Inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de Extranjería

Varias sentencias del Tribunal Constitucional dejan un conjunto de declaraciones de inconstitucionalidad –algunas sin el correlativo de su nulidad– que afectan a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (de reforma, como es sabido, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Más en concreto, se trata, sobre todo, de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, de la STC 259/2007, de 19 de diciembre y de las SSTC 260 a 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre. Y la inconstitucionalidad se predica de la regulación que el legislador orgánico había establecido en los artículos 7.1 (para el derecho de reunión y manifestación), 8 (para el derecho de asociación), 9.3 (para el derecho a la educación), 11.1 (para el derecho a sindicar-

se libremente), 11.2 (para el derecho de huelga) y 22.2 (para la asistencia jurídica gratuita). En lo esencial, estas resoluciones se refieren a la limitación en el goce de estos derechos establecida por la Ley sólo para los extranjeros residentes legalmente en España (excluyendo a los que no reúnen esa condición); lo que para el Tribunal Constitucional no se compadece con el ejercicio de derechos fundamentales que debe corresponder a toda persona (independientemente de su situación administrativa), tal y como se desprende de la Constitución.

B) Desestimación de recurso contra el Reglamento de Extranjería

Una nueva STS de 13 de junio de 2007, Ar. 6404, se enfrenta con un recurso directo contra numerosos preceptos del Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y lo desestima en su totalidad, destacando en su argumentación una interpretación amplia de la potestad gubernamental de desarrollo reglamentario de las leyes (en este caso, de la Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a la que nos hemos referido en el apartado anterior).

C) Permiso de residencia y trabajo

En este apartado sólo mencionaremos la STS de 31 de mayo de 2007, Ar. 4824, que reiterando jurisprudencia anterior, interpreta que no puede denegarse un permiso de residencia solamente por la existencia de un proceso penal en curso, ya que —como efectivamente ocurrió en el caso— tales diligencias penales pueden finalizar con el sobreseimiento de la causa.

D) Denegación de entrada y expulsión

Sendas sentencias ratifican la conocida interpretación del Tribunal Supremo en el sentido de que la sanción consistente en expulsión debe contener una adecuada y específica motivación (SSTS de 22 de febrero y 19 de julio de 2007, Ar. 5386 y 4843).

Por su parte, la STS de 19 de julio de 2007, Ar. 4885, anula una expulsión al estimar que se había producido indefensión en el extranjero por no haberse informado suficientemente de sus derechos, en especial, de la posibilidad de recabar asistencia letrada de oficio.

La STS de 20 de septiembre de 2007, Ar. 5310, ratifica la asentada interpretación consistente en que tratándose de supuestos en los que la causa de su expulsión es, solamente, la permanencia ilegal del extranjero o la realización sin la debida autorización de una actividad profesional, sin otros hechos negativos, la Administración tendrá que motivar de forma expresa por qué impone la expulsión y no la multa.

Finalmente, cuatro sentencias de la misma fecha resuelven que es impugnable (y separada o autónomamente) la denegación presunta de una solicitud de declaración de caducidad del expediente de expulsión (SSTS de 20 de septiembre de 2007, Ar. 5491, 5492, 5493 y 5494).

E) Asilo y condición de refugiado

Diversas sentencias (como las SSTS de 7 y 28 de junio de 2007, Ar. 5324 y 5531) declaran la improcedencia de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo cuando hay dudas sobre el relato del interesado o la causa alegada entra dentro de las que justifican el otorgamiento de asilo.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2007, Ar. 4780, aclara la diferencia entre la admisión a trámite de la solicitud de asilo realizada en frontera y el supuesto en el que, no dándose los requisitos para tal admisión a trámite, sin embargo se permite la entrada por razones humanitarias.

F) Nacionalidad

La STS de 24 de mayo de 2007, Ar. 5394, reitera el criterio jurisprudencial consistente en que, para la obtención de la nacionalidad por residencia, la no presencia física ocasional y por razones justificadas en el territorio español no constituye incumplimiento del requisito de *residencia continuada*, siempre que no se traslade la residencia habitual —y, por ende, el domicilio— fuera del territorio español.

5. JUEGO

A) Libertad de empresa para instalar casinos limitada por la ley

La STS de 7 de junio de 2007, Ar. 5047, en primer lugar, casa la sentencia dictada en primera instancia en la medida que no se hizo un pronunciamiento conforme a derecho al declarar de forma terminante que sólo la participación de los actores en el concurso convocado hubiera determinado su legitimación. Sin embargo, el Tribunal Supremo en cuanto a la legitimación *ad processum* entiende que no puede negarse a los recurrentes, porque según se deduce de los autos, la persona individual y la empresa solicitaron en ocasiones anteriores autorización para instalar casinos en la Comunidad Autónoma de Madrid, y tenían pendiente en la fecha de la Sentencia la resolución de nuevas peticiones en virtud de las cuales instaron de la Comunidad la revisión de las denegaciones de aquellas primeras solicitudes, después de la entrada en vigor de la Ley autonómica de Juego, Ley 6/2001. Por lo tanto, en cuanto a la legitimación en el recurso concreto, la legitimación *ad causam*, en este supuesto se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto.

Al estimarse el recurso, el Tribunal Supremo resuelve con plena potestad jurisdiccional sobre la controversia procesal planteada en la instancia. Con anterioridad determina que debe partirse de que el acuerdo de planificación del juego no es una disposición de carácter general, pues sólo excepcionalmente tienen carácter normativo los actos por los cuales los órganos de gobierno planifican su actividad. No cabe, por tanto, su impugnación indirecta como norma reglamentaria. Pero es que tampoco puede admitirse su impugnación como acto concreto, pues no procede ampliar el recurso a un acto anterior al propiamente impugnado, tanto más cuanto que si se hubiera entablado el proceso únicamente contra ese acto anterior la interposición del recurso estaría fuera del plazo.

Finalmente, en cuanto al fondo del asunto se solicita la anulación del acto impugnado por contravenir la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución. Pero la argumentación expresada no se acoge por el Tribunal Supremo. Se afirma que el acuerdo establece una restricción a la libertad de empresa, al suponer la exigencia de autorización obtenida por concurso para instalar un casino. Pero el sistema se ha establecido por una norma con rango de ley, y es conforme al ordenamiento jurídico que por Ley se declare que los particulares pueden ejercer la libertad de empresa en el sector del juego bajo reserva de autorización. En cuanto al extremo que parece ser el de mayor interés para los recurrentes, la instalación del casino precisamente en Aranjuez y no en las localidades donde son propietarios de terrenos, se trata de una cuestión que cae dentro del ámbito de discrecionalidad del Consejo de Gobierno al aprobar una política pública. En cualquier caso, a juicio del Tribunal Supremo, no se ha demostrado que esa decisión discrecional sea contraria a Derecho, ni en cuanto al fondo del asunto ni en cuanto a los elementos reglados del acto.

6. SANIDAD

A) La cirugía de cambio de sexo no es prestación financiable con cargo a la Seguridad Social

Así lo establece la STS de 29 de mayo de 2007, Ar. 6348, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden jurisdiccional de la Sala Cuarta. En esta interesante Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo efectúa un detallado recorrido —a partir de su propia jurisprudencia— sobre el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica a favor de los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, llegando a la conclusión de que, en el supuesto de cirugía de cambio de sexo, los gastos de ella derivados no son reintegrables (al menos por ahora, y sin perjuicio de lo que disponga la legislación autonómica para su ámbito propio de actuación).

B) Consentimiento informado

La STS de 30 de mayo de 2007, Ar. 5057, establece que no entra dentro de la información requerida, previa a la práctica de una operación quirúrgica, la posibilidad de sufrir un infarto; posibilidad derivada no de la operación sino de que era un riesgo inherente a la propia situación previa del paciente (hipertenso, obeso, fumador importante y con enfermedad pulmonar crónica).

7. SEGURIDAD PRIVADA

A) La normativa italiana de seguridad privada infringe el derecho comunitario

La STJCE de 13 de diciembre de 2007, C-465/05, resuelve el recurso interpuesto por la Comisión en la medida que entiende que la normativa italiana vulnera lo dispuesto en los artículos 43 y 49 CE que exigen la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento

y a la libre prestación de servicios. El Tribunal de Justicia determina, en primer lugar, que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 CE porque en Italia la actividad de guarda privado únicamente puede ejercerse previa prestación de un juramento de fidelidad a la República Italiana. En segundo lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE porque la actividad de seguridad privada únicamente puede ser ejercida por los prestadores de servicios domiciliados en otro Estado miembro previa concesión de una autorización del prefecto de alcance territorial, sin que se tengan en cuenta las obligaciones a las que dichos prestadores están sujetos ya en el Estado miembro de origen. En tercer lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 CE, porque dicha autorización tiene una validez territorial limitada y que su concesión está supeditada a que se tengan en cuenta el número y la importancia de las empresas de seguridad privada que operan ya en el territorio de que se trate. En cuarto lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, porque las empresas de seguridad privada deben tener un establecimiento de explotación en cada provincia en la que ejerzan su actividad. En quinto lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, porque el personal de las empresas debe ser autorizado individualmente para ejercer la actividad de seguridad privada, sin que se tengan en cuenta los controles y las verificaciones ya realizados en el Estado miembro de origen. En sexto lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 CE, porque las empresas de seguridad privada deben disponer de una plantilla mínima y/o máxima para ser autorizadas. En séptimo lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 CE, porque las mismas empresas deben depositar una fianza en la Caja de Depósitos y Préstamos. Por último, en octavo lugar, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, porque los precios de los servicios de seguridad privada se fijan en la autorización del prefecto con relación a un margen de variación previamente establecido.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Competencia: La Audiencia Nacional conoce del recurso deducido frente a un acto del Tribunal Económico-Administrativo Central sobre un tributo no cedido. B) Sujetos: Representación y defensa: la resolución denegatoria del beneficio de justicia gratuita debe notificarse y ser firme para producir efectos. C) Objeto. a) Los acuerdos de fiscalización que adopte el Tribunal de Cuentas para su sometimiento a la Comisión Mixta no son susceptibles de recurso. b) Pueden recurrirse los programas de actuación integrada. D) Procedimiento: las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo es una cuestión de legalidad ordinaria que puede adquirir una dimensión constitucional. E) Medidas cautelares. a) Debe exigirse caución siempre que de la medida cautelar pueda derivarse cualquier perjuicio al interés general o de terceros. b) Inaplicabilidad del *fumus boni iuris*. c) Notas del sistema de tutela cautelar. F) Sentencias: motivación. a) Es admisible el empleo de modelos normalizados. b) Debe distinguirse entre las meras alegaciones de las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas consideradas en sí mismas. G) Extensión de efectos: no se puede soslayar la aplicabilidad de la cosa juzgada. **2. Recurso de casación.** A) Admisión. a) El análisis de las causas de inadmisión es preferente al de las causas de nulidad radical del acto. b) La declaración sobre responsabilidad patrimonial sanitaria tiene interés casacional. c) La regulación de los coeficientes a asignar a las diversas zonas y sectores urbanísticos es una cuestión de derecho autonómico. B) Motivos. a) Contra los autos dictados en ejecución de sentencia sólo son admisibles los motivos previstos en el artículo 87.1.c) LJCA. b) El motivo del artículo 88.1.a) LJCA no puede amparar un defecto de incongruencia. c) Alcance del motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA. d) La infracción de jurisprudencia debe referirse al menos a dos sentencias del Tribunal Supremo. e) La integración de los hechos sólo puede referirse a los que han sido omitidos por la Sala de Instancia y resulten totalmente acreditados en las actuaciones sin necesidad de valorar la prueba. **3. Casación para la unificación de doctrina.** A) Se exige

tanto la contradicción entre las sentencias invocadas como la infracción del Ordenamiento Jurídico. B) La provisión de plazas para personal estatutario no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 15 (septiembre 2007) hasta el número 20 (noviembre 2007) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la extensión de efectos de las sentencias y el recurso de casación.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia: La Audiencia Nacional conoce del recurso deducido frente a un acto del Tribunal Económico-Administrativo Central sobre un tributo no cedido

Los tributos cedidos se relacionan en el artículo 19 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas –redacción dada por el artículo primero.4 de la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre–, en cuyo apartado segundo se citan las distintas competencias normativas que pueden asumir las Comunidades Autónomas en relación con los mentados tributos cedidos. Pues bien, el Impuesto sobre Hidrocarburos, que es un Impuesto Especial de Fabricación, ex artículo 2.2 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, no aparece relacionado en el expresado artículo 19.2 y, además, en el antepenúltimo párrafo de este mismo apartado 2 se excluye expresamente la aplicación, por lo que ahora interesa, a los Impuestos Especiales de Fabricación de la regulación de los tributos cedidos, respecto de las competencias de las Comunidades Autónomas que puedan asumir por delegación del Estado.

En estos supuestos el Estado mantiene, pues, la competencia en la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los Impuestos Especiales de Fabricación que no pueden ser asumidas por delegación por las Comunidades Autónomas, ex artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Y en el caso examinado efectivamente el acto tributario impugnado ante el Tribunal Económico-Administrativo Central es una Resolución del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Téngase en cuenta, además, que en los Impuestos Especiales de Fabricación sólo se permite la cesión a las Comunidades Autónomas, ex artículo 11.f) de los Impuestos Especiales de Fabricación, con excepción del Impuesto sobre la Electricidad, con carácter parcial y con el límite máximo del 40 por 100.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Acorde con lo expuesto, la STS de 29 de mayo de 2007, Ar. 3744, concluye que estamos ante un tributo cuya cesión es parcial, limitada legalmente al 40 por 100 de la recaudación, que no participa del régimen jurídico previsto para los denominados “tributos cedidos” que regula el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, de tanta cita. Por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1.d) LJCA la competencia objetiva para conocer del recurso contencioso-administrativo corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, sin que resulte de aplicación el artículo 10.1.e) de la LJCA cuando atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra la Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, en materia de tributos cedidos, en relación con el cual el Alto Tribunal ha declarado (STS de 14 de noviembre de 2001) que se pretende que entre el órgano administrativo que dicta el acto originariamente impugnado y los órganos judiciales exista coincidencia en el ámbito territorial. En este sentido, debemos tener en cuenta que en el caso examinado el origen de la impugnación radica en la exención en el Impuesto sobre Hidrocarburos de los suministros de hidrocarburos destinados a la producción de electricidad, utilizados en la central térmica de ciclo combinado de una provincia, y que el acto impugnado ante el Tribunal Económico-Administrativo Central procede del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

B) Sujetos: Representación y defensa: la resolución denegatoria del beneficio de justicia gratuita debe notificarse y ser firme para producir efectos

Para que la resolución denegatoria del derecho a la asistencia jurídica gratuita produzca la consecuencia de que queden sin efecto las designaciones provisionales ya realizadas (artículos 18 de la Ley 1/1996 y 16.3 del RD 996/2003), debe ser firme y para ello es imprescindible que haya sido notificada al interesado, quien puede recurrirla (artículo 20 de la Ley 1/1996), ante la autoridad judicial.

Por ello, como señala la STS de 28 de junio de 2007, Ar. 4768, no puede la Sala de Justicia, con la sola y desnuda notificación que a ella le dirige la Comisión, dejar sin efecto los nombramientos provisionales de Abogado y Procurador, estando, como está, en juego el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. Para tomar esa decisión, el Tribunal debe cerciorarse, por el medio que tenga más adecuado, incluso suspendiendo el curso del proceso, de que la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ha sido notificada al interesado. Sin esa notificación, la resolución carece de efectividad.

C) Objeto

a) Los acuerdos de fiscalización que adopte el Tribunal de Cuentas para su sometimiento a la Comisión Mixta no son susceptibles de recurso

La STS de 11 de julio de 2007, Ar. 4839, analiza un caso en el que se pretende someter a revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa un acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas por el que se dispuso la fiscalización del Ayuntamiento y sus Sociedades mercantiles participadas, fiscalización que, en su caso, concluye con un informe cuyo único destinatario

son las Cortes Generales. En este sentido es obvio que el ejercicio de la actividad fiscalizadora propiamente dicha no puede ser susceptible de control jurisdiccional, sin perjuicio de que lo sean aquellos actos o decisiones que, en la esfera de la actividad de enjuiciamiento, se produzcan *a posteriori* como consecuencia del ejercicio de aquella función de fiscalización o por razón de la actividad administrativa desarrollada por efecto de aquélla.

Es muy cierta la Sentencia de 18 de octubre de 1986 y la doctrina que en ella se contiene, donde también en un supuesto de actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se admitió la posibilidad de revisión jurisdiccional. El razonamiento que le sirve de fundamento consiste en que la Disposición Final Segunda.1 de la Ley Orgánica 2/1982 dispuso que “La Ley de Procedimiento Administrativo será supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores”, de donde la sentencia derivaba la recurribilidad jurisdiccional de los informes fiscalizadores por considerar que participan “de las características de la actividad administrativa (...) y, por ello, es una actividad sometida a recursos administrativos y jurisdiccionales”, considerando así que se trataba de “una función que, según la propia Ley Orgánica, hay que entender administrativa, aunque sólo sea en una parte a la que hay que aplicar la Ley de Procedimiento Administrativo, de cuya aplicación no pueden excluirse los recursos que en ella se establecen”. Y justo es reconocer que tal razonamiento era sostenible en la fecha que se produjo (1986) pero no en la actualidad, y no porque la Sala cambie de criterio sino porque en 5 de abril de 1988 se promulgó la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, donde claramente se establece que “La tramitación de los procedimientos de fiscalización se ajustará a las prescripciones de este Título y, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, a excepción de las que determinan el carácter de parte o legitiman para la interposición de recursos en vía administrativa o jurisdiccional” (artículo 32.1), y la Disposición Adicional Primera remacha que “En todo lo que no se halle previsto en esta Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de las disposiciones y actos de los órganos del Tribunal de Cuentas no adoptados en el ejercicio de sus funciones fiscalizadora y jurisdiccional, en cuanto resulten aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo”. Es manifiesto, por tanto, que en una Ley posterior a aquella nuestra sentencia de 1986, claramente se ha determinado la inaplicación del régimen de recursos administrativos a los actos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas que, por su propia esencia y naturaleza, emite este Tribunal como Comisionado del Parlamento que es su único destinatario y receptor.

Resulta, por tanto, que “los acuerdos de fiscalización que adopte el Tribunal de Cuentas para su sometimiento a la Comisión Mixta Congreso-Senado, no son susceptibles de recurso en vía administrativa ni en esta jurisdiccional, todo ello sin perjuicio de que si, como consecuencia de éstos, se derivara, en fase de enjuiciamiento, la depuración de responsabilidades contables, serían susceptibles de los correspondientes recursos ante aquel Tribunal y, cuando proceda, de los recursos de casación y de revisión ante el Tribunal Supremo interpuestos contra las sentencias dictadas por las Salas del Tribunal de Cuentas. Lo que antecede determina que con arreglo al artículo 51.1.a) de la Ley Jurisdiccional sea procedente declarar no haber lugar a la admisión del presente recurso por falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer de la pretensión del recurrente.”

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

La doctrina anterior, referida a un supuesto de iniciación de un procedimiento de fiscalización, es la que ahora ha de adoptarse también, en el que la impugnación tiene su origen en el requerimiento de documentación en el marco de aquella función y al que ha de responder todo el sector público andaluz, satisfaciendo el deber de colaboración que le impone el artículo 9, en relación con el 2, de la Ley 1/1988, de 17 de marzo, pero sin que su incumplimiento acarree una consecuencia inmediata, derivada del ejercicio de potestades administrativas por parte de la Cámara de Cuentas, la cual según el artículo 10 de la Ley, se ha de limitar a comunicar el incumplimiento al Parlamento de Andalucía, a la Comunidad Autónoma, a la Corporación Local o a los superiores jerárquicos, proponiendo medidas o la exigencia de responsabilidades, pero sin posibilidad de adoptar resolución alguna con fuerza ejecutiva, que tenga eficacia directa sobre el Ayuntamiento hoy recurrente. A lo anteriormente expuesto, ha de añadirse que en el caso presente, el requerimiento de información se efectuó por el Consejero Mayor, que es el órgano al que corresponde representar a la Cámara de Cuentas de Andalucía, según el artículo 21.a) de la Ley 1/1988, de 17 de marzo, sin que se alegue o aprecie infracción de derechos fundamentales que obligaran a un pronunciamiento de este orden jurisdiccional.

b) Pueden recurrirse los programas de actuación integrada

La STS de 11 de julio de 2007, Ar. 4778, considera que el acto recurrido consistente en la aprobación provisional del Programa de Actuación Integrada no es un acto de trámite, sino definitivo y, por lo tanto, impugnabile. A pesar de que así se la denomine en los artículos 47.7 y 54.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, la aprobación provisional que a los Programas de Actuación Integrada otorga el Ayuntamiento, cuando el Programa carece de cédula de urbanización, no es una auténtica aprobación provisional, sino una aprobación definitiva pero condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos posteriores. Así se deduce de los artículos 31, 47.7, y 52.2 de la Ley Autonómica 6/1994, pues en ellos se regula el otorgamiento de la cédula de urbanización como una mera condición de eficacia de la aprobación otorgada por el Ayuntamiento, y no como un requisito de validez, ya que, según el artículo 31.1, la cédula es un mero documento que fija, respecto a cada Actuación Integrada, las condiciones mínimas de conexión e integración en su entorno y certifica que el Programa no modifica las determinaciones de la ordenación vigente en los aspectos propios del Plan General. Es decir, no se trata, como en el caso de las clásicas aprobaciones definitivas autonómicas, de que el órgano encargado de otorgarla examine el Plan en todos sus aspectos, sino sólo que fije aquellas condiciones mínimas de conexión y certifique su conformidad con planes superiores.

Todo lo demás es la constatación de algo que ya contiene el Programa (delimitación de su unidad de ejecución, avance de ordenación de los terrenos que no contradiga las determinaciones del Plan General e indicación de los requisitos mínimos e indispensables para conectar la Actuación a las infraestructuras supramunicipales), de forma que la expedición de la cédula no añade ningún contenido sustantivo al Programa. Su expedición es, por lo tanto, un requisito de mera eficacia, es decir, una condición suspensiva, que no priva a la aprobación del Ayuntamiento de su naturaleza de aprobación final, y, por lo tanto, impugnabile en la vía contencioso-administrativa. Ésta es la conclusión que más se acomoda a la caracterización de los Programas de Actuación Integrada como meros instrumentos de gestión y ejecución del

planeamiento, tal y como este Tribunal Supremo ha declarado en Sentencias de 24 de marzo de 2004, 4 de octubre de 2006 y 29 de noviembre de 2006. Otra cosa distinta ocurre cuando al Programa se le añade un Plan Parcial que modifica la ordenación urbanística aprobada por órganos de la Generalidad, pues en tal caso, como prescribe el artículo 54.1.B) de la Ley Autonómica 6/1994, la Consellería otorga una auténtica aprobación definitiva.

D) Procedimiento: las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo es una cuestión de legalidad ordinaria que puede adquirir una dimensión constitucional

La STS de 3 de julio de 2007, Ar. 4893, señala que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales constitucionalizado en el artículo 24.1 CE es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3º), con respecto al cual el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada. Esta consideración general se concreta en los siguientes extremos: a) Como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de manera privativa, les confiere el artículo 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria la interpretación, selección y aplicación de las normas a cada supuesto litigioso concreto. b) Esta regla tiene como excepción “aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican” (STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2º). En estos casos, se producirá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que justificará la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que, aunque no es misión de este Tribunal interpretar las normas procesales, sí lo es determinar si la ofrecida por los órganos jurisdiccionales se ajusta a la Constitución. Y c) la plena operatividad del principio *pro actione* en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción no supone que los órganos judiciales deban necesariamente optar por la interpretación de las normas procesales más favorable a la admisión de los recursos de entre todas las posibles.

En este contexto, la interpretación y aplicación por los órganos judiciales de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas en un proceso judicial constituye una cuestión de legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir una dimensión constitucional, cuando nos encontramos ante el derecho de acceso a la jurisdicción, en aquellos supuestos en los que la decisión judicial de inadmisión del recurso se base en una interpretación de dichas causas de inadmisión que esté incurso en arbitrariedad, en irrazonabilidad manifiesta o en error patente, o sea rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. En este tipo

de supuestos “corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda” (STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3º). Este examen permite, eventualmente, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga la oportuna cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, una aplicación o interpretación de la correspondiente causa de inadmisibilidad que esté incurso en los vicios de alcance constitucional apuntados”.

E) Medidas cautelares

a) Debe exigirse caución siempre que de la medida cautelar pueda derivarse cualquier perjuicio al interés general o de terceros

La STS de 11 de mayo de 2007, Ar. 4870, nos recuerda que si bien es cierto que el artículo 133 LJCA utiliza la expresión “podrán” para la adopción de las contracautelas o garantías, es doctrina jurisprudencial consolidada que no se trata de una facultad discrecional para adoptar éstas, sino que deberán imponerse o exigirse cuando de la medida cautelar se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros. No parece necesario abundar en razones justificativas de los graves perjuicios que se causarían al interés general si, suspendido el deber de reembolsar la importante suma exigida por la Administración, el transcurso del tiempo hiciese imposible dicho reembolso porque las entidades obligadas solidariamente a ello llegasen a una situación de iliquidez o insolvencia.

b) Inaplicabilidad del *fumus boni iuris*

La STS de 12 de julio de 2007, Ar. 4840, considera que la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho y los motivos que se aducen sobre la infracción de normas de Derecho Comunitario no pueden ser acogidos, en cuanto versan sobre el fondo del asunto, sin que el incidente sea trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia del proceso principal.

Frente esta Resolución se erige un Voto Particular que sostiene que la inaplicación de la doctrina del *fumus* se sustenta en dos motivos: de un lado, en que su apreciación implica un examen de fondo que está vedado en esta pieza; de otro, que la anulación de las Normas crearía un vacío legal injustificable. Al razonar la mayoría como lo hace se introduce en un callejón sin salida por la elemental circunstancia de que si, como aquí sucede, el nuevo proceso es una reiteración de normas ya anuladas y en la pieza de suspensión no se puede examinar el fondo del asunto (ni siquiera a efectos del *fumus*) la pieza de suspensión deviene en inútil, o es contradictoria, que es lo que aquí sucede. Este efecto es el que, precisamente, tratan de evitar los autos citados en el fundamento tercero, último párrafo, del auto impugnado. Por lo que hace al vacío legislativo que la suspensión crea, al Magistrado autor del Voto Particular le parece insoslayable poner de relieve que esa responsabilidad, la derivada de la creación de un

vacío legal, recae sobre el autor de las normas que, pese a haber sido anuladas por el órgano competente, las reitera. Por el contrario, aceptar esa argumentación como justificación de la suspensión, pese a los precedentes sobre la ilegalidad de las normas, comporta aceptar los incumplimientos de las declaraciones de ilegalidad, lo que considera que en ningún caso debe ser asumido por los tribunales, y menos por el Tribunal Supremo.

c) Notas del sistema de tutela cautelar

La STS de 27 de junio de 2007, Ar. 4879, señala que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que ésta “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

F) Sentencias: motivación

a) Es admisible el empleo de modelos normalizados

Según la STS de 15 de febrero de 2007, Ar. 3701, reiterando la reciente Sentencia de 29 de septiembre de 2006 (recurso 6836/2003), el empleo de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente, pues aun siendo cierto que la resolución administrativa se sirve de algunos razonamientos redactados conforme a un formulario aplicado en otros casos, aun así, su conclusión es el fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal del recurrente. En definitiva, se requiere que la resolución administrativa impugnada en la instancia cuente con una motivación suficiente para que su destinatario tuviera cumplido conocimiento de las razones determinantes del rechazo de su solicitud; despejándose así cualquier atisbo de indefensión.

b) Debe distinguirse entre las meras alegaciones de las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas consideradas en sí mismas

La STS de 9 de abril de 2007, Ar. 3663, nos reitera la doctrina que establece que se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda –incongruencia omisiva o por defecto– como cuando resuelve *ultra petita partium* (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas –incongruencia positiva o por exceso–; y, en fin, cuando se pronuncia *extra petita partium* [fuera de las peticiones de las partes] sobre cuestiones diferentes a las planteadas –incongruencia mixta o por desviación– (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002). No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso.

Según la jurisprudencia la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad –de suficiente entidad y sustantividad– esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v.gr., Sentencia de 8 de abril de 1996).

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia se halla recogida a partir de las Sentencias 177/1985, de 18 de diciembre, y 28/1987, de 5 de marzo, entre las más recientes, en las Sentencias 28/2002, de 11 de febrero, 33/2002, de 11 de febrero, FJ 4º, 35/2002, de 11 de febrero, 135/2002, de 3 de junio, FJ 2º, 141/2002, de 17 de junio, FJ 3º, 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 2º, 186/2002, de 14 de octubre, FJ 3º, 6/2003, de 20 de enero, FJ 2º, 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3º, 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3º y 91/2003, de 19 de mayo, FJ 2º. Con arreglo a esta doctrina, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.

Del mismo modo, con carácter genérico y por lo que se refiere a la falta de motivación de la Sentencia, ha de precisarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han señalado en innumerables resoluciones que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.2 CE (RCL 1978\2836), que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* [SSTC 196/1988, de 24 de octubre (RTC 1988\196), FJ 2º; 215/1998, de 11 de noviembre (RTC 1998\215), FJ 3º; 68/2002, de 21 de marzo (RTC 2002\68), FJ 4º; 128/2002, de 3 de junio (RTC 2002\128), FJ 4º; 119/2003, de 16 de junio (RTC 2003\119), FJ 3º].

G) Extensión de efectos: no se puede soslayar la aplicabilidad de la cosa juzgada

La STS de 19 de julio de 2007, Ar. 4884, nos recuerda cómo la jurisprudencia inicialmente consideraba que la sentencia que, en congruencia con la pretensión ejercitada, además de anular el acto, reconocía un derecho subjetivo, sólo producía efectos para el demandante y no para terceros. Éstos que no se veían afectados por la eficacia ejecutiva de la sentencia ni por la cosa juzgada, debían solicitar expresamente de la Administración el reconocimiento de la titularidad de la misma situación jurídica individualizada y si no veían atendida su solicitud tenían que acudir al Tribunal competente para interesar no la anulación pues ésta ya quedó resuelta, pero sí el reconocimiento y la adopción de las medidas pertinentes para la efectividad de la situación jurídica individualizada.

Sin embargo, el artículo 86.2 LJCA de 1956 sirvió, en una segunda etapa, como cauce jurídico para la efectividad del respeto al principio del precedente judicial por parte de la Administración, “es decir, del principio con arreglo al cual la Administración, aun cuando no esté vinculada por el efecto de cosa juzgada de la sentencia, debía ajustarse al criterio judicial en casos precedentes si no es capaz de alegar la existencia de una justificación suficiente para separarse de ese precedente, que puede consistir en la existencia de diferencias en el supuesto de hecho o en la posibilidad de evolución de la doctrina jurisprudencial”. La doctrina de esta Sala en los primeros años de la década de los ochenta inicia una corriente jurisprudencial favorable a la extensión subjetiva *ultram partem* de la eficacia de las sentencias estimatorias a supuestos que comportaban el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Esto ocurrió especialmente en dos campos: expropiaciones con tasaciones conjuntas, identificándose la fuerza de la sentencia que fija nuevos baremos de precios con la extensión subjetiva de la cosa juzgada, y cuestiones relativas a funcionarios o personas al servicio de la Administración.

Un hito de reconocida importancia en la extensión de los efectos de las sentencias más allá de las partes, permitiendo, incluso, que el reconocimiento y efectividad de situaciones jurídicas iguales de terceros se lleve a cabo en la fase de ejecución de sentencia, es un Auto del TS, Sala Quinta, de 29 de noviembre de 1985. Después de referirse a la línea argumental de la anterior doctrina del Tribunal Supremo se aparta de ella invocando los artículos 117.3 CE y 2 LOPJ, que robustecen la autoridad y la fuerza de las decisiones de los Tribunales, a los que atribuyen en exclusividad la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de procesos, y la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24.1 CE, y compatibilizada con el también principio constitucional de la seguridad jurídica, para concluir que “si la Administración no reconoce los efectos del artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción de

1956, no hay que seguir un nuevo proceso contencioso-administrativo, lo cual haría poco operativa dicha norma, sino que, frente a tal negativa, los afectados pueden, conforme a los artículos 103 y ss. de la citada Ley, insertarse dentro de la fase ejecutiva del proceso anterior para que los efectos de la sentencia les alcancen”.

La doctrina del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia, elaborada para el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas relacionadas con la anulación de actos o de disposiciones generales, fue, incluso, ampliada por algunas resoluciones de Salas de Tribunales Superiores de Justicia a supuestos de declaración de derechos sin tener en cuenta, a veces, la falta de concurrencia de requisitos procesales indispensables para hacer declaraciones en tal sentido, como la propia competencia del órgano jurisdiccional. El criterio expuesto no fue objeto de contraste genérico y directo de constitucionalidad por la STC 111/1992, de 14 de septiembre. Esta resolución se pronuncia sobre la base de un dato circunstancial —la pendencia de un recurso extraordinario de apelación en interés de Ley— para estimar que en este concreto supuesto la extensión de la sentencia, que reconocía determinados derechos (cómputo de quinquenio extraordinario y percibo de las correspondientes cantidades por este concepto) a otros funcionarios que no habían sido partes en el proceso, representaba la vulneración del derecho a la tutela efectiva de la Administración recurrente.

Ahora bien, la extensión *ultra partes* de la eficacia de sentencias que reconocían situaciones jurídicas individualizadas, al margen, incluso, de los excesos con que se había producido, a veces, tal ampliación por Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, tenía ya algunos reparos dogmáticos que no podían ser ignorados. El argumento del respeto a la igualdad es indiscutible respecto a la anulación de la disposición o el acto, que no pueden ser nulos e ineficaces para unos y válidos y eficaces para los demás. Pero, en cuanto al reconocimiento de situaciones o atribución de derechos, no puede afirmarse, al menos, en el estado en que se encontraba la jurisprudencia constitucional, que fueran necesariamente contrarias al artículo 14 CE sentencias que resolvieran de forma distinta los recursos de personas que pretendiesen estar en la misma situación fáctica y afirmasen que les son de aplicación las mismas normas jurídicas. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el término de comparación, cuando se trata de la igualdad en la aplicación de la ley, lo constituye otra u otras sentencias del mismo Tribunal, no de distinto órgano judicial, e incluso aquél puede cambiar del criterio seguido en anteriores decisiones siempre que expresase con una motivación congruente, aun implícita o justificada en la consolidación de una nueva jurisprudencia.

Por otra parte, la inclusión en la fase de ejecución de sentencia de aspectos no contemplados en el fallo, como puede ser el reconocimiento de la situación jurídica controvertida a quien no fue parte en el proceso, podía suponer vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la Administración condenada. Conforme a criterio reiterado por la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque la ejecución puede ser interpretativa de la sentencia, no meramente literal, no cabe que en el correspondiente incidente de ejecución se produzcan pronunciamientos que impliquen nuevas cuestiones litigiosas que deban examinarse en un proceso con todas las garantías (SSTC 33/1987 y 28/1989).

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

La infracción del citado artículo 24 CE, en sus párrafos 1 y 2, puede producirse no sólo cuando se omita la audiencia de la Administración, sino también en supuestos de especial dificultad en la determinación, respecto de terceros, de la concurrencia de los hechos, de la subsunción de éstos en la normativa que configura la situación jurídica individualizada reconocida en la sentencia y en aquellos en que falte la consideración de posibles peculiaridades que concurren en quien no fue parte, que deban examinarse en un nuevo proceso con plenas oportunidades de alegación y prueba.

Consecuentemente, se inicia una nueva etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que rectifica la inmediatamente anterior. Así ocurre en Sentencia de 20 de febrero de 1996, en la que la Sección Cuarta de la Sala Tercera examina en sede casacional resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que habían extendido, en fase de ejecución, los efectos de una sentencia que reconoce y restablece situaciones jurídicas individualizadas a quienes no habían sido partes en el proceso. Y señala que el incidente de ejecución de sentencia carece de sustantividad como proceso autónomo respecto del procedimiento principal y la eficacia material de las sentencias alcanza por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso. En lo contencioso-administrativo las sentencias anulatorias de disposiciones generales o actos administrativos tienen, no obstante, una fuerza expansiva, que se apoya en la dicción literal del artículo 86.2 de la LJCA (anterior), cuando dispone que no sólo producirán efectos entre las partes, sino también entre las personas afectadas por éstos. Esta excepción se justifica porque carece de sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en virtud de sentencia firme, se ejerza una nueva pretensión anulatoria por un tercero cuando el acto que se trata de impugnar ha desaparecido de la realidad jurídica. Sin embargo, atendiendo al expresado tenor literal del artículo 86.2 LJCA (Ley Jurisdiccional de 1956), es claro que se refería, únicamente, a la sentencia que contiene un pronunciamiento de anulación, artículos 41 y 84.a) LJCA (Ley de la Jurisdicción de 1956), y a las consecuencias que indefectiblemente derivan de él para una Administración Pública sometida al principio de legalidad (artículo 103.1 CE), sin hacer referencia a los pronunciamientos que acogen alguna de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refería el artículo 42 de la LJCA (Ley Jurisdiccional de 1956) —supuesto que contempla el artículo 84, apartados b) y c) de la LJCA (Ley Jurisdiccional de 1956)— reconociéndose a favor del actor o de los actores una situación jurídica individualizada. El tenor literal del artículo 86.2 de la LJCA (Ley Jurisdiccional de 1956) “única norma que en la Ley jurisdiccional contempla y ampara los casos que se examinan” no puede ser potenciado por la vía de una interpretación expansiva ya que institucionalmente la eficacia *ultra partes* de una sentencia no ofrece dudas cuando ésta estima una pretensión de anulación en cuanto que, anulado el acto o disposición recurridos, desaparecen todas las consecuencias jurídicas cualquiera que fuere la persona afectada, aunque ésta no haya sido parte en el proceso, pero no reviste la misma claridad cuando se reconoce una situación jurídica individualizada, dado el carácter personal de este reconocimiento, que sólo es posible cuando se ha llegado a él con las garantías que comporta un auténtico proceso.

La imposición a la Administración Pública de la extensión de modo directo de los efectos de un pronunciamiento de plena jurisdicción respecto a quien no ha sido parte en el proceso tampoco puede ampararse en la potenciación de efectos que el artículo 117.3 CE ha dado a la potestad jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pues la extensión *ultra partes* de pronunciamientos por los que se reconocen situaciones jurídicas individualizadas requiere

una cobertura y desarrollo legal inexistente en la regulación del Contencioso-Administrativo de 1956.

La vigente LJCA, Ley 29/1998, de 13 de julio, contempla las dificultades de la situación descrita y proporciona una solución matizada. Por ello, esta Sala ha tenido ocasiones recientes para señalar en SSTs de 27 de diciembre de 2005 y 13 de enero de 2006, que sólo la aplicabilidad de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, permite la extensión subjetiva de los efectos de una sentencia, al no encontrarse prevista esta institución en la Ley de 27 de diciembre de 1956. En el artículo 72.3 de la actual LJCA se establece de forma expresa que la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. Pero admite la extensión de tales efectos, conforme a los artículos 110 (modificado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre) y 111 de la Ley; esto es, en materia tributaria, de personal al servicio de Administración pública, y de suspensión de la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2 LJCA (modificado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre). En este específico ámbito, los efectos de una sentencia firme que haya reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas puede extenderse a otras en ejecución de sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste (artículo 110.1 LJCA).

El texto del Proyecto de Ley añadía un requisito más: “que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma”. Esta exigencia parecía que haría escasamente operativa, en la práctica, la aplicación de la extensión subjetiva de las sentencias, más allá de quienes fueron parte en el proceso, y por ello desapareció durante la tramitación parlamentaria de la LJCA. Sin embargo, ha sido reincorporada en forma de excepción por la nueva redacción dada al artículo 110 por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la LOPJ.

Los apartados 2 a 5, en la redacción originaria, y 2 a 7, en la actual, del propio precepto establecen el procedimiento para hacer efectiva la referida extensión. Y, en ambas redacciones, se establece, en el apartado 5 que: “el incidente [de extensión de efectos de la sentencia] se desestimarà, en todo caso, cuando existiera cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 (...). Se establecía y sigue estableciéndose que si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la Ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.

Así pues, el texto legal incorpora dos requisitos o presupuestos materiales básicos: que se trate de materia tributaria o de personal al servicio de la Administración pública y que la situación jurídica de los interesados en la extensión de la eficacia de la sentencia sea idéntica a la de los favorecidos por el fallo. Dos requisitos procesales: la competencia territorial del Juez o Tribunal sentenciador para conocer de las nuevas pretensiones de reconocimiento y la observancia del plazo, un año desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso, o, en su caso, de la notificación de la resolución que ponga término al recurso en interés de ley o de revisión que pudiera haberse interpuesto. Y dos excepciones que impiden la estimación del incidente: la existencia de cosa juzgada y que la doctrina determinante del fallo sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 LJCA. A estas dos excepciones el actual texto añade una tercera, que para el interesado se hubiera dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

No basta, por consiguiente, con que existan los presupuestos materiales, que, tratándose de materia tributaria, hubiera identidad de situación jurídica entre las partes favorecidas por la sentencia y aquellos para los que se solicita la extensión de efectos, ya que está justificada la denegación de tal extensión si con respecto a estos últimos existe cosa juzgada.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Admisión

a) El análisis de las causas de inadmisión es preferente al de las causas de nulidad radical del acto

Según la STS de 20 de junio de 2007, Ar. 4834, en anterior jurisprudencia “en contadas ocasiones se ha entendido como obligado el examen de los vicios de nulidad, con preferencia sobre los requisitos de admisibilidad del recurso, pero debe recordarse que la más reciente doctrina rechaza esa doctrina por ser contrario a la lógica del proceso, y así, en Sentencia de 5 de abril de 2005, decía esta Sala que “no cabe alegar en contra la doctrina jurisprudencial que señala que el examen de los posibles motivos de nulidad de pleno derecho del acto o disposición impugnados es preferente al de las posibles causas de inadmisibilidad invocadas por la parte demandada, toda vez que puede encontrarse en la misma dos períodos, que pasamos a reflejar. Ciertamente, un inicial criterio del Tribunal Supremo permitía examinar, con antelación al examen de las causas de inadmisibilidad del recurso, las nulidades absolutas, radicales o de pleno derecho, por cuanto ellas, al existir ya con anterioridad a la formulación del proceso, no precisan en realidad de éste, salvo para explicitar o hacer patente su existencia anterior. En este sentido podemos citar las Sentencias de 3 de marzo de 1979, 18 de marzo

de 1984, 22 de diciembre de 1986 y 27 de febrero de 1991, entre otras. Ahora bien, no es menos cierto que una línea jurisprudencial más reciente viene manteniendo una doctrina distinta, al otorgar preferencia al examen de la inadmisibilidad, pudiendo citarse en este sentido las Sentencias de 23 de noviembre y 7 de diciembre de 1993, 18 de febrero de 1997, 7 de diciembre de 2000 y 20 de abril de 2001”.

En la primera de las citadas se añadía que “a tenor de esta doctrina, la pretendida o apreciada nulidad de derecho no es motivo para que deje de tenerse en cuenta la extemporaneidad del recurso, pues, siempre, según la corriente doctrinal que se está exponiendo, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la que se encontraba establecida en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy 102 de la Ley 30/1992). Por el contrario en el recurso contencioso-administrativo es obligado atenerse a las normas por las que se rige la sentencia”.

b) La declaración sobre responsabilidad patrimonial sanitaria tiene interés casacional

La STS de 20 de junio de 2007, Ar. 3747, considera que el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional que resuelve, desestimándolo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución presunta del Ministerio de Sanidad por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la actora en relación con la asistencia sanitaria recibida del Insalud, tiene interés casacional, por lo que la Sala estima procedente por imperativo de la efectividad de la tutela, un pronunciamiento sobre el fondo, cualquiera que sea el carácter de éste.

c) La regulación de los coeficientes a asignar a las diversas zonas y sectores urbanísticos es una cuestión de derecho autonómico

La STS de 27 de junio de 2007, Ar. 3927, analiza un recurso de casación en el que se impugna la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, por medio de la cual se desestimó el formulado contra la resolución del Consejo de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de una provincia, que aprobó definitivamente un Plan General Municipal.

Se alega aquí la infracción de un precepto que pertenece al ordenamiento estatal, y que ese precepto sea o no aplicable en la Comunidad Autónoma o haya sido o no desplazado por otros preceptos autonómicos constituye el problema de fondo, que no es controlable en fase de admisión. Sin embargo, la regulación de los coeficientes a asignar a las distintas zonas y sectores urbanísticos es materia de Derecho autonómico, de forma que la regulación que contenía el artículo 31 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico fue desplazada por la Ley Autonómica 6/1994, de 15 de noviembre, de la Comunidad Valenciana (artículos 64 –Determinación y cálculo del aprovechamiento tipo– y 65 –Coeficientes correctores según el uso y la tipolo-

gía-). Se trata, en consecuencia, de normas autonómicas cuya interpretación no corresponde al Tribunal Supremo (artículo 86.4 LJCA).

B) Motivos

a) Contra los autos dictados en ejecución de sentencia sólo son admisibles los motivos previstos en el artículo 87.1.c) LJCA

La STS de 19 de junio de 2007, Ar. 4833, nos recuerda que los recursos contra autos dictados en ejecución de sentencia se trata de una variedad *sui generis* del recurso de casación, en el que no pueden invocarse válidamente los motivos que enumera el artículo 88.1 LJCA, sino únicamente los motivos de haberse resuelto cuestiones no decididas o de contradecir lo ejecutoriado que, de manera específica, se señala en el artículo 87.1.c) del mismo texto, además del motivo que pueda afectar a la propia regularidad procesal de la resolución impugnada, cuando la irregularidad alegada es de tal entidad que se traduce en indefensión de la parte. Sólo, pues, en los casos expresados, y no en otros, cualquiera que sea la cuestión discutida en la ejecución, cabe el recurso de casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia. Y es que la ejecución de la sentencia tiene su fuerza en ella misma [artículos 118 de la Constitución Española y 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)] y no en los preceptos que regulan la relación jurídico material debatida en el proceso; tales preceptos pueden fundar un recurso de casación contra la sentencia pero no un recurso de casación contra un Auto dictado en ejecución de ésta, por la sencilla razón de que este auto no encuentra su fundamento en los preceptos en que se basó la sentencia, sino en la sentencia misma. O, dicho en otros términos, lo único revisable en casación es si se pretende llevar a la ejecución cuestiones no decididas en aquélla o actuaciones que contradigan lo ejecutoriado [artículo 87.1.c) LJCA] o si se ha producido un quebrantamiento de las formas esenciales de las normas reguladoras de la resolución que ponen término al incidente de ejecución o de las que rigen los actos y garantías procesales causantes de indefensión.

Por todas, podemos citar la STS de 4 de marzo de 2004, en la que, con cita de otras anteriores, se puso de manifiesto que: “esta Sala tiene reiteradamente declarado que los supuestos de recurso de casación contra autos dictados en fase de ejecución de sentencia, conforme al artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional, solamente pueden ser recurridos cuando resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Así lo recuerda la Sentencia de 9 de abril de 2002 de la Sección Sexta de esta Sala Tercera, que se expresa así: “Tercero.- (...) En relación con ello tiene declarado reiteradamente esta Sala que «Es doctrina de esta Sala (por todas, Sentencias de 3 de julio de 1995 y 14 de mayo de 1996), referida a la LRJCA versión 1992 y perfectamente aplicable a la vigente Ley jurisdiccional, que a diferencia de lo que sucede con las sentencias y los demás autos susceptibles de recurso de casación, frente a los cuales el recurso puede fundarse en los motivos previstos en el artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, tratándose de recurso contra autos dictados en ejecución de sentencia no son invocables otros motivos, que los que específicamente señala el artículo 94.1.c) de dicha Ley, reducidos a que los autos resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. Y ello en razón de que en la casación en ejecución de sentencia no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar, bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del artículo 95, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo». En la misma línea, la STC 99/1995, de

20 de junio, ha dicho que «la simple lectura de tales causas evidencia, pues, que la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración. Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución». La anterior doctrina es, como se ha dicho, sin duda trasladable al presente caso, a la vista del artículo 87.1.c) LRJCA, pues es claro que la ley ha mantenido los motivos específicos en que puede fundarse el recurso, en los casos de autos dictados en ejecución de sentencia' (Sentencia de 25 de septiembre de 2000, recurso 4060/1999)".

Y en las de 4 de mayo y 15 de junio de 2004 se añadía que "recogiendo la doctrina establecida en las precedentes de 9 y 23 de julio de 1998, tratamos de evitar cualquier torcida interpretación de la expresión 'cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia', que permitiera ampliar indebidamente el recurso de casación frente a todos los autos que resolviesen una cuestión no abordada o examinada en la sentencia, como es la indemnización de daños y perjuicios acordada en sustitución de su ejecución *in natura*, y para ello dejamos claro que es preciso distinguir las cuestiones sustantivas, distintas, colaterales o anejas a la cuestión planteada en el pleito y decidida en la sentencia, de las que surjan con motivo u ocasión de la ejecución, las que forman parte de ésta, como sucede con la indemnización que sustituye a la ejecución en sus propios términos, y que por ello no deja de ser ejecución de la sentencia".

b) El motivo del artículo 88.1.a) LJCA no puede amparar un defecto de incongruencia

La STS de 9 de mayo de 2007, Ar. 3674, rechaza el recurso de casación por cuanto que según doctrina reiterada (a título de ejemplo, Sentencia de 19 de septiembre de 2006) el motivo fundado en abuso en el ejercicio de la jurisdicción no da cobertura al presente recurso en cuanto que en éste más bien se denuncia un defecto de congruencia, dado que el defecto de jurisdicción existiría por falta de pronunciamiento y enjuiciamiento del acto sometido a debate, que el Tribunal de instancia en el presente caso ha enjuiciado con la argumentación más arriba recogida, sin que haya incurrido en defecto jurisdiccional, al enjuiciar las pretensiones de la parte conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA sin dejar de conocer, por lo tanto, del asunto que a él mismo corresponde enjuiciar. En definitiva, el recurrente plantea indebidamente la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del acto recurrido, que en modo alguno puede fundarse en un motivo articulado para un supuesto diferente cual es el de un supuesto defecto de jurisdicción, ya que éste supone una falta de enjuiciamiento del acto sometido a revisión del Tribunal.

c) Alcance del motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA

La STS de 23 de junio de 2007, Ar. 4766, nos reitera la doctrina contenida en la de 24 de abril de 2007 (recurso 7040/2002), que ha dicho que “para que se entienda producida la vulneración del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, son necesarias las siguientes circunstancias: a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intrascendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación. b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 CE. c) Real producción de indefensión, pues no es suficiente el quebrantamiento de una formalidad esencial si no va acompañada de una indefensión, como consecuencia de la falta denunciada, pues ello constituye el requisito que podemos considerar medular para la prosperabilidad del recurso y se requiere haber pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello. La citada petición de subsanación constituye un presupuesto esencial. d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en Sentencias 70/1984, 48/1986, 64/1986, 98/1987, entre otras) no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de la misma desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias. e) Llegamos así a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni trascendencia de las facultades de defensa. f) El tema de la admisión de la prueba se integra dentro de los aspectos esenciales del proceso dado que el resultado de aquélla puede afectar decisivamente al contenido de la sentencia, de suerte que una denegación indebida puede constituir el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio”.

d) La infracción de jurisprudencia debe referirse al menos a dos sentencias del TS

La STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 3391, analiza un supuesto en el que se invoca como jurisprudencia infringida una sentencia del Tribunal Constitucional, y señala que “la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser formulada directamente como motivo de casación (Sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1996). Las Leyes procesales, cuando se refieren a la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, lo hacen a la del Tribunal Supremo, en los términos en que aparece reseñada en el artículo 161.1.a) de la Constitución como instrumento de interpretación de la Ley y definida en el artículo 1.6 del Código Civil como medio de complementar el ordenamiento jurídico. Las resoluciones del Tribunal Constitucional deben ser traídas a la casación especificando los preceptos constitucionales que se consideran infringidos según la interpretación de dicho Tribunal”.

Por ello tal invocación, al margen de la infracción de un concreto precepto constitucional, no puede ser tomada en consideración y tampoco, evidentemente, la sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, ya que la jurisprudencia viene referida a las sentencias del Tribunal Supremo. En consecuencia, el motivo queda reducido a la cita de una sola sentencia del Alto Tribunal, que no constituye por sí sola jurisprudencia, por todas las sentencias de 12 de noviembre de 2001 y 27 de enero de 2003, señalando esta última que “la cita de una sola sentencia, no constituye ni puede constituir jurisprudencia, en función de los estrictos términos del artículo 1.6 del Código Civil, al establecer que jurisprudencia es la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, teniendo repetido el propio Tribunal Supremo, con indudable benevolencia en la interpretación del precepto, que la reiteración de doctrina, requiere al menos la emisión de dos sentencias como mínimo, por lo que la cita de una sola, no puede estimarse como doctrina reiterada”.

e) La integración de los hechos sólo puede referirse a los que han sido omitidos por la Sala de Instancia y resulten totalmente acreditados en las actuaciones sin necesidad de valorar la prueba

La STS de 3 de mayo de 2007, Ar. 3402, analiza un supuesto en el que la integración de los hechos al amparo del artículo 88.3 LJCA no puede acogerse, pues dicho artículo de la Ley de la Jurisdicción posibilita la integración por la Sala de los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados en las actuaciones, además de que su toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada en el motivo previsto en la letra d) de dicho precepto, por lo que la primera exigencia para su válida invocación es que tenga lugar con ocasión de un concreto motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley procesal.

Pero es que, en todo caso, dicho precepto no puede utilizarse a los efectos pretendidos por la parte de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, que no es susceptible de revisión en casación salvo en los concretos supuestos que la jurisprudencia reconoce y que no son del caso. No se pretende la integración de los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia con otros que, habiéndose omitido, resulten suficientemente acreditados, es decir, no resulten controvertidos, sino que se trata de que tales hechos se reflejen en la forma indicada por la parte en lugar de la establecida por el Tribunal *a quo*, que se refiere en el tercer fundamento de derecho, al valorar la prueba, de manera que lo que se pretende no es solventar una omisión, que no existe, sino una revisión de la valoración de la prueba al margen de las vías que la posibilitan.

3. CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Se exige tanto la contradicción entre las sentencias invocadas como la infracción del Ordenamiento Jurídico

La casación en unificación de doctrina viene configurada por el artículo 96 LJCA como un recurso extraordinario que podrá interponerse: a) Contra las sentencias dictadas en única

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos; b) Contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, dictadas en única instancia, cuando la contradicción se produzca con sentencias del Tribunal Supremo, en las mismas circunstancias señaladas con anterioridad.

Como señala la **STS de 13 de junio de 2007**, Ar. 3583, el recurso de casación para la unificación de doctrina exige así un doble fundamento: la existencia de una contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia o las sentencias alegadas en contraste e infracción del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada. Así resulta del artículo 97.1 LJCA, al establecer que se interpondrá mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida. Debe tenerse en cuenta, además, que entre uno y otro fundamento ha de existir una necesaria relación, entendiendo que la infracción legal imputada a la resolución impugnada ha de constituir el objeto de la contradicción denunciada. De ahí que la contradicción opere como requisito de admisibilidad del recurso y como elemento de su fundamentación.

Por consiguiente, la procedencia del recurso se condiciona, en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (artículo 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción entre sentencias determinadas en las que concurra la llamada triple identidad: subjetiva porque las sentencias que se oponen como contrarias afectan a los mismos litigantes o a otros diferentes en idéntica situación; fáctica o relativa a los hechos fijados en la sentencia impugnada y la invocada como contraste y jurídica referente a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, dada su analogía, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución de idéntico sentido.

En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS de 24 de octubre de 1996). Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente se dará lugar al recurso, no en cambio si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna.

B) La provisión de plazas para personal estatutario no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera

La **STS de 30 de marzo de 2007**, Ar. 3742, da cabida en un recurso de casación para la unificación de doctrina a la causa de inadmisión prevista en los artículos 96.4 y 86.2.a) LJCA, pues se debate una cuestión de personal, en concreto, una convocatoria para la provisión de

puestos de trabajo mediante concurso de traslados. Esta cuestión de personal no afecta, en sentido propio, ni al nacimiento ni a la extinción de la relación de servicio de funcionario de carrera, toda vez que, por un lado, la provisión de las plazas convocadas se ofrece a los que ya ostentaran la condición de personal estatutario de la Seguridad Social, lo que implica, de obtenerse la plaza solicitada, que no están afectados el nacimiento ni la extinción de la relación de servicio, que ya preexistía, como ha puesto de relieve la reiterada doctrina en Sentencias de 19 de febrero de 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina 5123/2004), 31 de marzo de 2003 (recurso de casación para unificación de doctrina 3779/2000) y Autos de 6 de mayo de 2004 (recurso 4419/2002), 27 de enero de 2005 (recurso 1633/2003), 3 de marzo de 2005 (recurso 912/2003) y 9 de junio de 2005 (recurso 7922/2003), entre otras resoluciones.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN

(Prólogo de Leopoldo Tolivar Alas)

Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de Suelo y en la legislación sobre Espacios Naturales protegidos

[Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 445 páginas]

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Esta obra nace a partir del tercer ejercicio de la prueba de Habilitación Nacional para Profesor Titular de Universidad, concluida finalmente con merecido éxito por la autora en julio de 2007. En la encrucijada entre el fin de una etapa y el despuntar de nuevos retos dentro de la espinosa carrera académica, la doctora MENÉNDEZ SEBASTIÁN nos ofrece un enjundioso trabajo, destinado a suscitar la reflexión de todos los operadores jurídico-legislativos, y que es la mejor glosa de las cualidades y capacidades que ha ido atesorando durante su no siempre fácil periplo investigador.

Desde el mismo prólogo, redactado con sincero cariño y admiración por su maestro don Leopoldo TOLIVAR con su prosa siempre acertada y amena, se prepara al lector para apreciar la oportunidad y valía del estudio; docto, creativo y original como pocos. Tanto en el prólogo como en la siguiente nota introductoria a cargo de la propia autora, se nos ponen de manifiesto las dificultades demarcatorias entre tres instituciones jurídico-administrativas clásicas (expropiación, responsabilidad patrimonial de la Administración y función social de la propiedad) teóricamente bien diferencia-

das pero con importantes implicaciones confusas en cuanto a la carga indemnizatoria en la práctica.

Pero en realidad el propósito de la monografía es mucho más ambicioso, pues no se conforma con la mera disquisición de matices entre las tres categorías, sino que observando la verdadera problemática de fondo (la existencia de determinadas restricciones del derecho de propiedad que son compensadas con indemnización sin cobertura jurídica realmente adecuada), propone como solución la incorporación a nuestro derecho de una figura intermedia dentro de esa triple división, de inspiración alemana. Además, en una clara muestra de su espíritu científico, MENÉNDEZ SEBASTIÁN no se queda sólo en la propuesta abstracta, sino que ensaya la viabilidad de su hipótesis en dos ámbitos concretos de tremenda actualidad e innegable trascendencia: el urbanismo y el medio ambiente.

El presente volumen se articula así en tres capítulos y un anexo jurisprudencial. El Capítulo I, "Función social del derecho de propiedad, responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa", se inicia con un estudio de la evolución en el reconocimiento de la función social de la propiedad. La propiedad ya no es hoy en día sagrada e inviolable, sino que tiene una vertiente social que justifica que pueda restringirse para satisfacer un interés general siempre que se respete su contenido esencial. Será ese contenido esencial el que se utilice para distinguir el concepto de limitación (indemnizable o no) del derecho de propiedad de otras figuras cercanas como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración. La afirmación de MENÉNDEZ SEBASTIÁN no es fruto del azar, es una constatación rigurosa surgida del análisis del constitucionalismo francés y germánico, de su recepción en España y de la elaboración juris-

prudencial de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En puridad, mientras que expropiación y responsabilidad son institutos que conllevan una obligación indemnizatoria, las delimitaciones “sociales” sobre el derecho de la propiedad están, por contra, exentas de esa carga. Y sin embargo, la autora constata que existen verdaderas excepciones a esa regla. Para dar cobertura jurídica a esas situaciones MENÉNDEZ SEBASTIÁN propone la incorporación a nuestro derecho de una figura específica de naturaleza intermedia, al estilo de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* alemana. Esto permitiría tratar tales supuestos como lo que verdaderamente son en esencia: delimitaciones del derecho de propiedad por su función social que excepcionalmente dan lugar a indemnizaciones, sin confundirlos ya con otros supuestos que aunque también indemnizables (expropiación y responsabilidad patrimonial) responden a una naturaleza distinta.

El Capítulo II aborda la constatación de las tesis antes expuestas en el ámbito concreto del derecho urbanístico, concretamente respecto a la concepción del derecho a edificar y la privación o restricción de los aprovechamientos del suelo como sustancialmente indemnizables o no. El punto de partida es la regla general de no indemnización por la delimitación del derecho de propiedad en su dimensión urbanística, que encuentra reconocimiento expreso en la normativa española, francesa y también alemana. A partir de aquí inicia la autora el estudio de toda una serie de excepciones que, también en los tres sistemas, se reconocen en la práctica. Se detectan así varios elementos nucleares: la compensación por la privación o restricción de derechos adquiridos, la indemnización de cargas singulares e igualmente de inversiones frustradas. En España el Tribunal Constitucional ha canalizado esos elementos para justificar la indemnización atribuyéndole a la institución de fondo la carta de naturaleza de la responsabilidad patrimonial. La autora censura esta construcción, incoherente en el fondo con la propia configuración que el mismo Tribunal ha hecho del derecho de la propiedad y su función social, y propone como medida adecuada la

aplicación de la figura alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*.

En el Capítulo III la autora elige el sector de los Espacios Naturales como referente de validación. En este campo no cabe duda de que la función social que cumplen los recursos naturales implica importantes restricciones en la propiedad de éstos y también aquí se constata la existencia de excepciones a la regla general de no indemnización de tales restricciones. De nuevo con la ayuda de la experiencia francesa y alemana, la autora comprueba que esas excepciones suelen justificarse sobre la base de las cargas ecológicas, la proporcionalidad o la confianza legítima. Igualmente aquí la importación de una figura intermedia que diese cobertura jurídica clara a esas situaciones es vista con buenos ojos. La preocupación no es meramente dogmática, sino que tiene importantes implicaciones prácticas ya que la problemática se ha incrementado con las diferencias introducidas por las normas autonómicas que, heredando la carencia de categoría general para justificar esas excepciones, multiplican calificaciones incorrectas de los supuestos indemnizatorios.

La riqueza de las notas al pie de página ofrece un elenco de la doctrina más relevante en la materia, otorgando al trabajo un carácter informativo de primer orden. La selección de las tradiciones jurídicas que forman parte del estudio comparado no podría haber sido otra, teniendo en cuenta que el reconocimiento español del derecho de propiedad fue tomado en el siglo XIX de la Revolución Francesa y después ha sido la tradición alemana la que ha configurado su función social y la consiguiente relativización de su alcance. Por último, el material jurisprudencial es el colofón perfecto para un trabajo que aúna teoría y praxis; examen, hipótesis y ensayo con un envidiable espíritu crítico nunca mejor caracterizado de constructivo. Las ideas de MENÉNDEZ SEBASTIÁN se leen además con gran placer por su estilo expositivo, culto y maduro. No queda, pues, sino felicitar de la forma más entusiasta a la autora por esta importante aportación a la doctrina administrativista.

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.

