Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 38** ENERO 2008

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia**
AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

[35] **La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos**
EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[63] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ

[85] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**
J. GARCÍA ROCA

[93] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**
J. GARCÍA ROCA

[121] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH

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

[145] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN

[161] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG

[177] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
F. LÓPEZ MENUDO

[195] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO

[207] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[215] **XI. URBANISMO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[225] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**
A. EMBID IRUJO

[243] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO

[263] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS

[285] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

[321] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Resumen

DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En las siguientes líneas se analizarán y comentarán las principales líneas doctrinales y las más importantes resoluciones constitucionales y jurisprudenciales de uno de los supuestos de responsabilidad patrimonial más específicos que recoge nuestro ordenamiento jurídico: la derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el error judicial y la prisión preventiva indebida. Así, se estudiarán el alcance subjetivo y objetivo de esta modalidad de responsabilidad del denominado "Estado-Juez", la praxis de la tramitación de estos expedientes en el Ministerio de Justicia, con especial detenimiento en los tres casos mencionados, en las dilaciones indebidas como una modalidad de funcionamiento anormal, y en los daños cometidos por condenados en situación de libertad condicional o disfrutando de un permiso penitenciario como una modalidad de error judicial.

Abstract

LEGAL AND JURISPRUDENTIAL DOCTRINE OF THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR IRREGULAR WORKING OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

In the following lines it will be analyzed and commented the main doctrinal lines and the most important constitutional and jurisprudential resolutions of one of the most specific suppositions of patrimonial responsibility that are kept in our juridical

ordering: the one derived of the irregular working of the Administration of Justice, the judicial error and the undue preventive prison. This way, it will be studied the subjective and objective gasp of this modality of responsibility of the denominated "State-judge", the practice of the procedure of these files in the Ministry of Justice, with special thoroughness in the three mentioned cases, in the undue delays as a modality of irregular working, and in the damages committed by convicts in situation of conditional freedom or enjoying a penitentiary permission as a modality of judicial error.

Sumario:

I. Concepto y naturaleza jurídica. II. Ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial. III. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A) Dilaciones indebidas. **IV. Error judicial.** A) Daños cometidos por penados en libertad condicional o en permiso penitenciario. **V. Prisión preventiva.**

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Por todos es bien conocido que la responsabilidad patrimonial está regulada, con carácter general, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, precepto que dispone que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o del error judicial está prevista en un artículo distinto de la norma fundamental, el 121, que proclama (por cierto, transcribiendo la Constitución Italiana): "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

Si se observa el lugar que ocupan dichos artículos en distintos títulos de la Constitución se puede llegar a una conclusión y nos puede invitar a una reflexión. La conclusión es que, si el artículo 106.2 se encuadra en el Título IV de la Constitución, sobre el Gobierno y la Administración, mientras que el artículo 121 se incardina en el Título VI, referido al Poder

Judicial, se puede deducir que quien responde en el supuesto de una lesión ocasionada por el funcionamiento de los servicios públicos es la Administración Pública, mientras que en el caso del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es el Estado. Y esto parece ser así porque el Poder Judicial es un Poder del Estado, y éste ostenta competencias exclusivas sobre la Administración de Justicia, así como sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (*ex* artículo 149.1.5º y 149.1.18º CE).

En todo caso, el tenor literal del artículo 121 CE, que se remite a una ley para regular los daños causados por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, supone que no sea un precepto directamente aplicable, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional[1]. Sin embargo, esa literalidad del precepto reconoce un derecho a los ciudadanos, que puede considerarse como un derecho subjetivo, pero no un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es verdad que el derecho a la tutela judicial efectiva sí es un derecho fundamental recurrible en amparo, pero el Alto Tribunal ha matizado que ese derecho consiste en obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, pero no consiste en tener un derecho a la satisfacción de la pretensión.

PODRÍA PLANTEARSE QUE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA JUSTICIA SEAN IMPUTABLES A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE HAYAN ASUMIDO COMPETENCIAS EN LA MATERIA

De la anterior conclusión surge la reflexión siguiente: teniendo en cuenta que por todos es sabida la jurisprudencia constitucional sobre el significado del término "Administración de Justicia", que siempre que se refiere al núcleo esencial del Poder Judicial sólo puede ser competencia exclusiva del Estado, mientras que su vertiente meramente material, la "Administración de la Administración de Justicia" no forma parte del núcleo esencial y exclusivo del Poder Judicial, lo que ha permitido y permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre la provisión de medios personales y materiales en la materia, podría llegar a plantearse que los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sean imputables a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia cuando se trate de daños que sean debidos a la actividad de los Juzgados y Tribunales en su vertiente material y no en la jurisdiccional. Los daños producidos

(1) STC 40/1988, de 10 de marzo, y STC 85/1990, de 5 de mayo.

por las actuaciones jurisdiccionales de los órganos judiciales se encuadran dentro del error judicial o la prisión preventiva (como submodalidad de ésta) y, en consecuencia, al deberse a la actividad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su jurisdicción, y al ser ésta única (por el principio de unidad jurisdiccional, *ex* artículo 117.5 CE) y un Poder del Estado, deberá responder de éstos el Estado, a través del Ministerio de Justicia, tal y como está previsto en la actualidad. En consecuencia, parece que habría argumentos suficientes como para que las Comunidades Autónomas asuman, correlativamente a la competencia sobre la Administración de la Administración de Justicia, las reclamaciones patrimoniales por funcionamiento anormal imputables a las deficiencias de medios organizativos, materiales y personales que presenten los Juzgados y Tribunales del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, en consonancia con el principio de corresponsabilidad que ha inspirado otras competencias transferidas por el Estado a las autonomías en todo el proceso de descentralización vivido hasta el momento. Puesto que el funcionamiento anormal, como se verá, se debe esencialmente a un déficit de medios y logística, incluyendo las mayoritarias reclamaciones por dilaciones indebidas (que, sin duda, se deben a multitud de factores que deben ponderarse, según el Tribunal Constitucional), parece abrirse la posibilidad de reflexionar sobre la necesidad de que las Comunidades Autónomas también asuman la tramitación, resolución y posible indemnización con cargo a sus presupuestos de los daños consecuencia del funcionamiento anormal exclusivamente, no así de los derivados del error judicial o de la prisión preventiva por las razones antes expuestas. Esta reflexión ya tuvo eco en nuestra jurisprudencia constitucional con anterioridad[2], al considerar posible que la obligación de reparar el daño causado se desplace a las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en la materia.

Por otra parte, cabe apreciar otra diferencia entre el tratamiento de la responsabilidad patrimonial general y la derivada de la Administración de Justicia, y es que la primera genera un derecho a una indemnización tanto por el funcionamiento normal como por el anormal de la Administración Pública, mientras que en el caso de la segunda sólo se genera si se ha producido un funcionamiento anormal, ya que el funcionamiento normal de la Administración de Justicia no puede ocasionar daños ilegítimos al ser desplegada por jueces y Tribunales que ejercen una función jurisdiccional cuyas resoluciones pueden ocasionar perjuicios que los interesados tienen el deber jurídico de soportar y en ningún caso se pueden reputar antijurídicos.

En todo caso, parece que la responsabilidad patrimonial es una suerte de contrapartida de la Administración Pública a sus prerrogativas o privilegios, que son, frente al ciudadano: la potestad de autotutela declarativa por la que la Administración puede dictar declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas, aprovechando la presunción de legalidad de la que gozan en nuestro Derecho esas declaraciones; la potestad de autotutela ejecutiva por la que esa misma Administración puede ejecutar sus propias decisiones, llegando incluso al empleo de la coacción; la reclamación administrativa previa a las vías judiciales civil y laboral; la no suspensión de la ejecución de los

(2) STC 56/1990, de 29 de marzo.

actos administrativos por el recurso administrativo o jurisdiccional; la conocida regla *solve et repete*; la imposibilidad de interponer interdictos frente a la Administración, … Por tanto, la responsabilidad patrimonial, junto al principio de legalidad previsto en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución y el sometimiento de la Administración al Derecho son elementos esenciales del Derecho Administrativo que equilibran la relación de fuerzas entre aquélla y los ciudadanos.

Al mismo tiempo, esas prerrogativas son, como todos sabemos, una contrapartida que reconoce el legislador a la Administración por ser un poder público y por formar parte de un poder del Estado, el Ejecutivo, que goza de ciertos privilegios frente a los destinatarios de ese poder. En el caso de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se trata, además, de una garantía más del principio de independencia judicial, puesto que si el juez o magistrado se equivocan en su labor jurisdiccional, no responden ellos mismos, sino que lo hace el Estado, sin perjuicio de la posible acción de repetición que éste tiene a su alcance y que le brinda la propia normativa reguladora de esta institución. Este principio merece una reflexión que hoy en día es más oportuna que nunca, al exigirse en todos los órdenes de la vida económica, política, cultural y social la responsabilidad de quien comete un error. Es indudable que cuando el funcionario sabe que sus presuntos errores estarán cubiertos por el Estado objetivamente responsable, le puede conducir a cierta relajación en su nivel de autoexigencia que no es posible reconocer en el sector privado, so pena de ser expulsado del mercado por ausencia de calidad en el servicio que se presta. Efectivamente, la calidad es un principio que exige responsabilidad y excelencia en el trabajo y el servicio que se ofrece al cliente, lo que trasladado a la Administración Pública y, en concreto, a la Administración de Justicia (así se recoge de forma expresa en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002) supone una Justicia más ágil, más atenta y más responsable.

La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia también se relaciona con otros principios esenciales en un Estado de Derecho, como la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, la seguridad jurídica, la neutralidad y objetividad y la independencia judicial. Además, y ésta es una de las características más importantes, esta responsabilidad patrimonial es objetiva, por lo que la hace independiente del grado de culpa o negligencia del juez, magistrado o personal de la Administración de Justicia que la cause, convirtiendo a la culpa en un título más de imputación como lo puede ser el enriquecimiento injusto de la Administración o la ilegalidad de un acto administrativo. También son características propias de este instituto de la responsabilidad patrimonial que su contenido es, precisamente, patrimonial y que tiene alcance resarcitorio o reparador integral del daño causado en ese patrimonio del perjudicado, que la responsabilidad es objetiva y que deja al margen la idea de culpa del sujeto causante.

La responsabilidad patrimonial es una responsabilidad extracontractual, puesto que la contractual es la derivada de un contrato que celebra la Administración con particulares, ya sea de naturaleza pública o privada, y cuyo régimen de resarcimiento por los daños y perjuicios causados está previsto en su normativa específica, el 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. No obstante, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone que se sigue el procedimiento previsto en esta norma para determinar los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, sin perjuicio de las especialidades que la legislación de contratos establece.

De conformidad con el artículo 139.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC), la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Y así lo hizo el legislador orgánico, cuyos artículos 292 a 297 recogen los principios generales de esta responsabilidad.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Desde el punto de vista subjetivo, en España los procedimientos de responsabilidad patrimonial no están unificados, puesto que el régimen general está previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), artículos 139 y siguientes, además de en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las AAPP en materia de responsabilidad patrimonial, este último aplicable a todas las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o de derecho privado, sin perjuicio de las especialidades propias de las Comunidades Autónomas de conformidad con su legislación.

Subsisten dos procedimientos especiales hasta la fecha: la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el procedimiento de responsabilidad contable. En el régimen general está incluida (Disposición Adicional Primera del RD 429/1992 y Disposición Adicional Duodécima de la LRJAP y PAC, esta última introducida por la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) la responsabilidad que se exige por los daños y perjuicios causados por o en ocasión de la asistencia sanitaria a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas. Otro procedimiento especial es el derivado de la responsabilidad patrimonial en materia de urbanismo, previsto en los artículos 28 y siguientes de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. En concreto, el artículo 30 de dicho texto legal recoge los supuestos de lesiones de bienes y derechos que dan lugar, en todo caso, a una indemnización, como son la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos

respecto de construcciones y edificaciones o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso, la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, o la anulación de esos mismos títulos habilitantes así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.

A pesar de todo, la remisión que la LOPJ hace a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (tanto la LRJAP y PAC como el RD 429/1993) manifiesta la unidad procedimental de tratamiento por el funcionamiento normal o anormal de los Poderes del Estado. Subsiste, por otra parte, la responsabilidad penal, civil y disciplinaria prevista en los artículos 405 y siguientes de la LOPJ. Así, el artículo 405 regula la responsabilidad penal de los jueces y magistrados por los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo; el artículo 411 LOPJ regula la responsabilidad civil de los jueces por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa, y los artículos 414 y siguientes regulan la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados de conformidad con el catálogo de faltas previstas en dicha norma orgánica. De todo ello se hará un análisis pormenorizado más adelante.

NO CABE ADMITIR UNA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FRENTE A UNA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto a los sujetos judiciales que pueden dar lugar a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, error judicial o prisión preventiva indebida, parece existir consenso en que lo son los jueces y magistrados como integrantes del Poder Judicial, poder regulado en el Título VI de la Constitución Española y que recoge en su seno al mismo artículo 121. Por tanto, dentro de la Administración de Justicia se encuentran todos los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes, desde el Tribunal Supremo hasta los Juzgados de Paz, incluyendo los Tribunales del Jurado, el Tribunal de Aguas de Valencia, los Tribunales castrenses y el Tribunal de Cuentas, este último por cuanto es un órgano jurisdiccional que ejerce potestades jurisdiccionales aunque esté regulado en un título (el VII) de la Constitución aparte del Título VI, si bien contra sus resoluciones cabe interponer los recursos de apelación, casación y revisión. También quedarían incluidos los secretarios judiciales y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, siempre que realicen o dicten actos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como las diligencias de constancia, actos de comunicación, de impulso y de documentación, entre otros. Por tanto, los actos no relacio-

nados con la función jurisdiccional no serían indemnizables por la vía del artículo 121, sino por la del artículo 106.2 de la Constitución, que prevé la responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Y es que el concepto de "Administración de Justicia" es el que la doctrina y la jurisprudencia reconocen mayoritariamente como la función que consiste en resolver un conflicto jurídico empleando las normas procesales establecidas para ello, es decir, la pura función jurisdiccional que sólo pueden ejercer los jueces y magistrados y, sólo para algunos actos, los secretarios judiciales, dejando fuera del concepto la administración de la Administración de Justicia, que se refiere a la actividad que tiene por objetivo satisfacer las necesidades materiales, personales e instrumentales de la función jurisdiccional y que realizan mayoritariamente los secretarios judiciales y el resto de personal con los medios que ponen a su disposición las Administraciones Públicas competentes. Incluso los jueces y magistrados pueden realizar también actuaciones materialmente administrativas como la función disciplinaria (una sanción impuesta a un juez o un magistrado por la comisión de alguna falta leve, grave o muy grave de las previstas en la LOPJ), cuya actividad dañosa para los particulares la jurisprudencia del Tribunal Supremo[3] vino a encuadrar en la responsabilidad patrimonial general de las Administraciones Públicas. Cuando los jueces y magistrados ejercen funciones no jurisdiccionales, como las conocidas como funciones gubernativas derivadas de su trabajo en una sala de gobierno o en un decanato, la responsabilidad patrimonial en que pudieran incurrir por las decisiones adoptadas en ese ámbito se debe exigir conforme a la LRJAP y PAC, no a la LOPJ. Ese mismo comentario cabe realizar respecto de los jueces y tribunales que realizan sus funciones como encargados del Registro Civil o cuando las ejercen en las Juntas Electorales previstas en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

No cabe alegar funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (especialmente por error judicial) frente a órganos que reciben la denominación de "Tribunal" y que, sin embargo, son auténticos órganos administrativos, como es el caso del Tribunal Económico-Administrativo Central, los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Tampoco cabe admitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia frente a una resolución o sentencia del Tribunal Constitucional, porque es único en su orden y constituye una jurisdicción propia, la jurisdicción constitucional, que no es una jurisdicción ordinaria. Contra sus sentencias no cabe recurso alguno, salvo el recurso de aclaración, mientras que contra las providencias y los autos que dicte ese Tribunal sólo cabe, en su caso, el recurso de súplica (*ex* artículo 93 LOTC).

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal, parece también existir consenso en considerar que no puede incluirse dentro del ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por cuanto no forma parte del

(3) STS de 25 de febrero de 1983.

Poder Judicial, sino que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (*ex* artículo 2.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y se rige por lo que disponga su Estatuto Orgánico (*ex* artículo 541 LOPJ). Sin embargo, y aunque sólo sirva como apunte contrario, en alguna ocasión el Consejo de Estado ha considerado[4] conveniente incluir dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 121 de la Constitución al Ministerio Fiscal, precisamente porque el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal lo integra en el Poder Judicial. Por todo ello, en el caso de las actuaciones del Ministerio Fiscal que pudieran causar perjuicios, la tesis mayoritariamente defendida es que se exija por el procedimiento general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. No obstante lo extraordinario de este tipo de reclamaciones por funcionamiento anormal del Ministerio Fiscal (por ejemplo, retraso en la emisión de informes preceptivos o en la incoación de un expediente recibido de un órgano judicial que pudo ocasionar la prescripción de una infracción penal), algunas Resoluciones del año 2002 dictadas por el Ministerio de Justicia en expedientes de responsabilidad patrimonial venían a considerar a aquél como parte de la Administración de Justicia en una concepción amplia, aunque el sentido de las Resoluciones fuese desestimatorio por carecer de otros requisitos para apreciar la responsabilidad, como la relación de causalidad o haberse producido un daño efectivo, individualizado y evaluable. También ha existido algún pronunciamiento judicial al respecto, como la Sentencia de 22 de noviembre de 2006, de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, que llegó a estimar parcialmente la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debido a la paralización injustificada del procedimiento penal en una fiscalía de menores por un plazo superior al de prescripción de una falta penal. No obstante, no existe jurisprudencia aplicable a estos supuestos, por lo que –se insiste– cabría inclinarse por la opción de no considerar el funcionamiento del ministerio público dentro del ámbito de aplicación del artículo 121 de la Constitución. La razón esencial estriba en que el Ministerio Fiscal no administra Justicia, es parte en un proceso judicial pero no dicta una resolución por la que se aplica la Justicia al caso concreto que se enjuicia. En todo caso, además de poder exigirse al Estado responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del Ministerio Fiscal, caben también la responsabilidad disciplinaria de los fiscales, la responsabilidad civil y la penal por el ejercicio de sus acciones.

Por lo que respecta a la policía judicial a que se refiere el artículo 126 de la Constitución Española, distinta de la policía de seguridad o policía gubernativa prevista en el artículo 104 de la misma norma constitucional, en general se viene aceptando que se puede asemejar al resto de personal al servicio de la Administración de Justicia cuando actúan verdaderamente como tal policía judicial, con unidades adscritas funcionalmente al Poder Judicial, y que reciben órdenes de los jueces y magistrados para prestarles el auxilio que necesiten en su función. Cuando los funcionarios policiales practican cualquier tipo de diligencia preventiva por iniciativa propia, la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia debe derivarse a la responsabilidad patrimonial en general regulada en la LRJAP y PAC.

(4) Dictamen del Consejo de Estado de 12 de abril de 1984.

III. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Se trata de una causa de responsabilidad del Estado-Juez cuya definición no es sencilla al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, tal y como lo ha considerado la jurisprudencia[5]. Sin embargo, el concepto puede definirse con algo más de precisión al ser todo funcionamiento no normal de la Administración de Justicia y al no imputarse a la culpabilidad o no del juez en su proceder, ya que el sistema de responsabilidad por este concepto es objetiva, y así lo quiso el legislador, dejando de lado cualquier referencia a la ilicitud o culpabilidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Esa definición por exclusión obliga, por tanto, a definir lo que se considera funcionamiento normal, y en esto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva (que es el mejor termómetro de un funcionamiento normal) está integrado por el derecho al proceso, el derecho a que éste se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio.

En general, se trata de un funcionamiento anormal debido a la actividad de los Juzgados y Tribunales, tanto de los propios jueces y magistrados en el ejercicio de su actividad jurisdiccional como de la oficina judicial a través de los secretarios judiciales, que la dirigen y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia previsto en el libro VI de la LOPJ: funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y del Cuerpo de Auxilio Judicial, del Cuerpo de Médicos forenses, y de los Cuerpos de Facultativos, Técnicos Especialistas y de Auxiliares de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. En todo caso, siempre se requiere que se trate de una actividad jurisdiccional o directamente relacionada con ella, puesto que las actuaciones puramente materiales de estos actores del servicio público de la Justicia se exigirían por la vía de la responsabilidad general de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, y a diferencia del error judicial que sólo puede proceder de actos jurídicos estrictos (sentencias, autos y providencias), el funcionamiento anormal procede de actuaciones materiales, normalmente dilaciones indebidas, pero también por omisiones de fases, trámites o etapas procesales que impiden el recto enjuiciamiento de los asuntos. Son ejemplos típicos de funcionamiento anormal las dilaciones indebidas, la desaparición de dinero, joyas, documentos u otras pruebas de convicción, sustracción de éstas, … Así, el Tribunal Supremo ha considerado[6] que el funcionamiento anormal se produce no sólo como consecuencia de los retrasos en la prestación del servicio público de la Justicia, sino también por infracciones graves de las normas procesales que la jurisdicción ha de emplear para decidir. Este tipo de omisiones o trámites pueden ser imputables a los secretarios judiciales que, por lo que posteriormente se comentará, no pueden incurrir en errores judiciales al no poder dictar resoluciones en el sentido estricto procesal del término. Sin embargo, sí pueden dar lugar a un funcionamiento anormal por errores en los actos de notificación y comunicación o en la elección de los tipos de resoluciones,

(5) STS, Sala 3ª, de 19 de febrero de 2002.

(6) STS de 21 de diciembre de 1999.

entre otros. En el Ministerio de Justicia se consideran y tramitan como causas de funcionamiento anormal las dilaciones indebidas (a lo que se dedica un subapartado especial en este estudio), las suspensiones de vistas, el extravío o pérdida de medios probatorios o pruebas de convicción, el extravío de depósitos judiciales, embargos o prisión preventiva o detención indebida por funcionamiento anormal (no como causa específica prevista en el artículo 294 para la prisión preventiva indebida).

La responsabilidad, en este supuesto, es objetiva, por lo que es absolutamente independiente de la ilegitimidad o culpabilidad de la actuación de los Juzgados y Tribunales, si bien la conducta dolosa o culposa del perjudicado excluye el posible derecho a indemnización, tal y como reza el artículo 295 LOPJ, como también lo excluye la fuerza mayor (artículo 292.1 LOPJ). Además, aunque se hayan producido resoluciones irregulares por omisión de trámites o fases procesales, por ejemplo, la mera revocación o anulación de aquéllas no presupone el derecho a la indemnización (artículo 292.3 LOPJ). Para que exista el derecho a la indemnización por funcionamiento anormal han de concurrir los requisitos generales de toda responsabilidad patrimonial, que son: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas y que exista un nexo causal o relación directa, inmediata y exclusiva entre la causa y el efecto producido (*ex* artículo 292.2 LOPJ).

PARA QUE EXISTA EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS GENERALES DE TODA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Respecto a las causas que excluyen la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal, la fuerza mayor (*ex* artículo 292.1 LOPJ) consiste en sucesos previsibles pero inevitables, de conformidad con el artículo 1105 del Código Civil, lo que lo diferencia del caso fortuito, que son sucesos que no han podido preverse. Según la jurisprudencia[7] del TS, la fuerza mayor es "un acontecimiento sobre cuya realidad no exista duda y que, aparte de ser ordinariamente imprevisible y siempre inevitable, excede de los riesgos propios de la empresa, los cuales se comprenden en el caso fortuito como causa indefinida del siniestro, que no debe exonerar a quien responde, con abstracción de cualquier culpa, del funcionamiento normal de los servicios y aun del simple funcionamiento de los mismos". También excluye la responsabilidad del Estado la conducta dolosa o culposa del perjudicado (*ex* artículo 295 LOPJ), que

(7) STS de 12 de marzo de 1984.

consiste en aquel comportamiento que tiene una persona cuando actúa conscientemente y con la intención de producir un resultado antijurídico o cuando actúe de forma negligente o incorrecta.

Si se produce un supuesto de funcionamiento anormal, no es imprescindible contar con una resolución judicial que lo reconozca, de manera que nunca se exigirá la declaración de la existencia de error judicial, como ocurre específicamente en este supuesto.

El Tribunal Supremo[8] ha reconocido que dentro de este concepto se pueden incluir las dilaciones indebidas, subsumibles en el ámbito del artículo 292 LOPJ. Sin duda es el motivo estrella por el que se tramitan, instruyen y resuelven el mayor número de expedientes de responsabilidad patrimonial en el Ministerio de Justicia (por mencionar tan sólo el último año, en 2006, el 48% de los expedientes resueltos por el Ministerio de Justicia en materia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, error judicial y prisión preventiva se debieron a dilaciones indebidas, porcentaje que se ha repetido, aproximadamente, en los seis primeros meses del año 2007). Asimismo, y por lo que se ha podido comprobar, también es el motivo que más pronunciamientos judiciales acumula en sede constitucional, ante el Tribunal Supremo y ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha condenado a España en varias ocasiones por la vulneración del derecho, recogido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[9], a un proceso tramitado en tiempo razonable.

Y algunos autores de la doctrina han considerado como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la indemnización que debe afrontar el Estado (y que satisface el Ministerio de Justicia[10]) por los salarios de tramitación cuando, desde la fecha en que se presentó la demanda por despido hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declara su improcedencia hayan transcurrido más de sesenta días hábiles. En este caso, como se sabe, y de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), el empresario puede reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho periodo temporal.

En la gran mayoría de los procedimientos que son tramitados en el Ministerio de Justicia se ha podido apreciar que el informe que preceptivamente ha de emitir el Consejo General del Poder Judicial (*ex* Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 429/1993) es contrario a la estimación, al utilizar un criterio muy restrictivo que identifica el retraso en la resolución de un asunto con la dilación indebida susceptible de recurso de amparo ante

(8) STS de 18 de abril de 2006.

(9) Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

(10) En el año 2003 el Ministerio abonó por salarios de tramitación 3.025.966 euros, en 2004 5.456.034 euros, en 2005 8.003.061 euros, y en 2006 7.930.102 euros.

el TC y porque tiene muy presente como criterio definitorio los estándares o insuficiencias estructurales de la Administración de Justicia para justificar el retraso indemnizable.

En materia de procedimiento, el funcionamiento anormal se diferencia del error judicial en que el primero no requiere una declaración previa por parte de los jueces o Tribunales, sino que basta con la reclamación indemnizatoria directamente presentada ante el Ministerio de Justicia. Además, en el funcionamiento anormal no se priva directamente a las partes de bienes o derechos ni se les impone obligaciones o gravámenes indebidamente, mientras que en el error judicial se ha tenido que dictar una resolución manifiestamente equivocada que produzca directamente esos perjuicios a los interesados. Así, son casos de funcionamiento anormal y no error judicial las consideraciones indebidas que puede hacer un juez en sus resoluciones o el que no aplica una norma por considerarla excesiva.

Antes de finalizar este apartado, conviene recordar la importancia que para un Estado social y democrático de Derecho tiene evitar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por cualquiera de sus causas. No sólo porque no tener que afrontar reclamaciones y recursos por estos motivos sería un buen termómetro de la temperatura de nuestro sistema judicial, sino porque con ello se garantizarían todos los derechos de las partes en un proceso, se impartiría Justicia de una forma rápida y eficaz y, finalmente, se favorecerían enormemente los principios de seguridad jurídica y desarrollo económico. Una Justicia ágil y sin errores es imprescindible para el desarrollo económico y social de un país. Cuando las instituciones funcionan correctamente, se garantizan los derechos de los ciudadanos, se corrigen los abusos cometidos por las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, se articulan los mecanismos necesarios que garantizan la independencia de los tres poderes del Estado, se fomenta el desarrollo económico por la seguridad que tienen todos los ciudadanos y operadores de los ámbitos social, económico, cultural, jurídico y político, en unas reglas del juego claras e iguales para todos. El grado de influencia de la Justicia sobre la economía ha sido analizada en múltiples ocasiones, y el Foro Económico Mundial lo ha llegado a cuantificar en un 20%, aproximadamente, lo que da una idea de la importancia que tiene contar con unas normas transparentes, objetivas y justas para múltiples decisiones de contenido económico en los países, como la inversión extranjera en un país o la del tejido económico de este país en el extranjero, luchar eficazmente contra el fraude económico, garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, proteger a las pequeñas y medianas empresas ante proveedores y clientes morosos o insolventes o reducir las primas de riesgo en ciertos sectores productivos o la calificación crediticia de un Estado por parte de las agencias calificadoras internacionales, con las consiguientes consecuencias en los mercados financieros, de crédito y de valores.

A) Dilaciones indebidas

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se encuentra recogido a nivel constitucional en el artículo 24.2 de la Constitución Española, que dispone que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. El hecho de que se encuentre este derecho recogido en ese lugar de la Constitución le hace meritorio de un grado especial de protección, como todos sabemos, derivado tanto del artículo

53.1 como del artículo 53.2 de la norma fundamental. Aunque, en principio, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pudiera hacer pensar que se refiere sólo al proceso penal, la verdad es que es una circunstancia invocable y que se puede producir en cualquier tipo de proceso.

Pero, además de la regulación constitucional, en el Derecho Internacional Público también se pueden encontrar referencias a este derecho, que vinculan plenamente a España desde que esos textos han sido ratificados y publicados en nuestro país, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, se reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas; también el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 (y ratificado por España por medio de Instrumento de 26 de septiembre de 1979), reconoce que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene a considerar como causa agravante del artículo 6.1 del Convenio para determinar la indemnización que la situación procesal de un país no mejore y continúe arrastrando un excesivo retraso en la resolución de los litigios. Y, por cierto, parece que, en general, otorga un considerable valor a los informes que sobre la situación de la justicia en nuestro país emiten cada año el Consejo General del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo o hasta los mismos Colegios de Abogados.

El Tribunal Constitucional ha considerado[11] equiparables los conceptos de "plazo razonable" y el de "dilaciones indebidas", pero también ha dejado claro que este último concepto no es automáticamente equivalente al mero incumplimiento de los plazos procesales. Además, las normas procesales ya prevén mecanismos para impulsar el proceso con celeridad.

El Tribunal Constitucional considera[12] desde hace tiempo, y así ha sido recogido por el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, que las dilaciones indebidas son un concepto jurídico indeterminado que debe dotarse de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos derivados de la naturaleza y circunstancias del litigio en función de su complejidad o relevancia, la conducta procesal del demandante o la actuación del órgano jurisdiccional o de las autoridades o funcionarios, de conformidad con la duración de los litigios del mismo tipo y los medios disponibles. Esta doctrina del Tribunal Constitucional, que conjuga criterios objetivos y subjetivos para construir el concepto de dilaciones indebidas, está inspirada en el conocido "caso Zimmermann y Steiner" juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en su Sentencia de 13 de julio de 1986, en el que se ponderan esas circunstancias para determinar hasta qué punto se ha producido una dilación indebida. En realidad, fue la jurisprudencia sentada por el

(11) STC de 3 de octubre de 1995.

(12) STC de 14 de marzo de 1984 y STS de 18 de abril de 2006.

TEDH la que construyó un concepto de dilaciones indebidas que luego ha sido utilizado por otros muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y entre ellos, el español. A pesar de ello, ese mismo Tribunal ha urgido a los poderes públicos de los Estados a estructurar y organizar su sistema judicial de modo que se permita a los Tribunales de Justicia atender un proceso en un tiempo razonable. En múltiples sentencias, el TEDH ha desestimado las demandas que invocaban dilaciones indebidas basándose en la complejidad del litigio, a que el recurrente ha manifestado una actitud obstruccionista en el proceso o a que existe una bolsa de pendencia o retraso en la resolución de asuntos meramente temporal, ya que si se trata de un retraso estructural, la dilación –a juicio de ese Tribunal– es siempre indebida y se tiene derecho a una indemnización por esa causa. Esta última es una importante diferencia entre la jurisprudencia europea y nuestra jurisprudencia constitucional: la primera entiende que el atraso o pendencia estructural en la resolución de asuntos no puede exculpar la resolución de un litigio en un tiempo razonable, mientras que nuestro Tribunal Constitucional considera que sí es una causa suficiente para excluir la responsabilidad del Estado.

En lo que respecta a la complejidad de los asuntos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ponderable el factor de las circunstancias particulares del caso que se enjuicia para estimar razonables las dilaciones, como por ejemplo, en algún supuesto de urbanismo y protección del medio ambiente, que requiere "un examen atento y una evaluación prudente de los hechos".

Como hay distintos grados en la gravedad de los retrasos que se producen a la hora de aplicar Justicia, hay que hacer referencia a los efectos que un simple retraso (por el mero incumplimiento de los plazos), un retraso más grave y un retraso gravísimo que supone la violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española) tiene en el ciudadano y las consecuencias jurídicas de éstos. Porque según estemos ante uno u otro tipo de retraso la calificación jurídica variará desde la responsabilidad patrimonial a la vulneración de un derecho fundamental susceptible, en consecuencia, de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) también se ha pronunciado sobre el retraso

SEGÚN ESTEMOS ANTE UNO U OTRO TIPO DE RETRASO LA CALIFICACIÓN JURÍDICA VARIARÁ DESDE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

simple y el grave, ya que en alguna sentencia[13] introdujo el elemento de valoración de los "estándares de actuación y rendimientos normales del servicio de justicia", si bien este criterio ha de ponderarse de una forma muy prudente por cuanto el hecho de que el actual retraso de la justicia y los más de 2.331.000 asuntos pendientes en todas las jurisdicciones[14] a diciembre de 2006 no puede justificarse ni elevarse al grado de "normal", ni sería una aspiración mínimamente ambiciosa por parte del Poder Judicial hacia el ciudadano. Cabría, a este respecto, preguntarse qué sucedería con el calificativo de "normal" si la pendencia judicial y el tiempo medio de respuesta ante las demandas de justicia sigue aumentando en un futuro. El TC se ha referido[15], como un elemento más a tener en cuenta, a la carencia de medios materiales y personales necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales, si bien los jueces deben garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas aunque la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial.

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera, también, como elemento valorativo de las dilaciones indebidas, el estándar de actuación y rendimientos normales de la justicia, pero atendiendo al tipo de proceso (distinguiendo entre los pleitos civiles y los criminales –en los que la dimensión temporal del proceso tiene una mayor incidencia– o los contencioso-administrativos) y a los medios disponibles. En general, la carencia de medios no ha impedido que el TC otorgase el amparo a algunos recurrentes que han acudido a esa vía, puesto que la falta de medios no puede vaciar de contenido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, como mucho puede exculpar a los jueces y magistrados encargados de dar respuesta a las pretensiones judiciales de los ciudadanos. En todo caso, el TC considera[16] que excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial dejaría sin contenido ese derecho frente a esa clase de dilaciones, de modo que[17] el deber judicial constitucionalmente impuesto de garantizar la libertad, justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales necesarios, ya que[18] el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente en la doctrina constitucional, impide restringir el alcance y contenido del derecho fundamental al que se hace referencia con base en distinciones sobre el origen de las dilaciones que el artículo 24.2 de la Constitución Española no establece.

(13) STC 5/1985, de 23 de enero.

(14) Fuente: "La justicia dato a dato. Año 2006". *Estadística Judicial*, CGPJ.

(15) STC 223/1988, de 24 de noviembre.

(16) STC 36/1984, de 14 de marzo.

(17) STC 50/1989, de 21 de febrero.

(18) STC de 5 de mayo de 1990.

El Alto Tribunal ha estimado[19] que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que debe ser el más breve posible. También se ha pronunciado el TC[20] sobre la doble faceta prestacional y reaccional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: la primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y supone que los jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela; la faceta reaccional consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.

En cualquier caso, el TC ha considerado[21], interpretando la Constitución Española, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de esa norma fundamental. Si bien ha existido algún pronunciamiento[22] en contra de esta teoría, de manera que no sería posible alegar tal derecho en vía de amparo de forma autónoma a la infracción de algún otro derecho fundamental, la postura finalmente más apoyada en sede jurisprudencial ha sido la primera.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable, según el Tribunal Constitucional[23], en toda clase de procesos y en todas las fases e instancias por las que discurren aquéllos, incluida la ejecución de sentencia, la tasación de costas y la liquidación de intereses. Además, las dilaciones pueden proceder tanto de omisiones (suele ser lo habitual) por parte de los jueces y tribunales, como por acciones que tengan un efecto dilatorio indebido, y así lo ha reconocido el TC en varias sentencias, como las que consideran que producen ese efecto la suspensión de un juicio, la admisión de una prueba o la reapertura de la instrucción en un proceso penal. A pesar de que ese derecho es invocable en toda clase de procesos, en el orden penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una especie de *poena naturalis*, el juzgador debe extremar su celo para evitar su consumación, según ha reconocido el Tribunal Constitucional en alguno de sus pronunciamientos[24].

Un ciudadano, por tanto, que considera que es víctima de una excesiva dilación en la tramitación y resolución de un proceso judicial en el que es parte, puede presentar una solicitud de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia o bien puede, directamente, interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho

(19) STC 58/1999, de 12 de abril.

(20) STC 35/1994, de 31 de enero.

(21) STC de 11 de diciembre de 2000.

(22) SSTC de 10 de marzo de 1988 y de 8 de mayo de 1989.

(23) SSTC de 2 de junio de 1997 y de 31 de marzo de 1998, entre otras.

(24) SSTC 35/1994, de 31 de enero, y 10/1997, de 14 de enero.

fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución a un proceso sin dilaciones indebidas. En este segundo caso, el TC ha exigido[25], como requisito previo a la admisión del recurso, que las dilaciones se hayan denunciado previamente ante el órgano judicial, permitiendo a éste que repare su error dictando sentencia en un plazo razonable, con lo que se garantiza el carácter subsidiario del recurso de amparo. Transcurrido un tiempo prudencial desde la denuncia de la mora (se trata de un concepto jurídico indeterminado), el ciudadano podrá interponer el recurso de amparo deseado ante el Tribunal Constitucional. En todo caso, se haya dictado o no la sentencia esperada por el ciudadano cuando se interpone el recurso de amparo, la dilación indebida ha existido y debiera reconocerse de forma natural en sede constitucional.

Por lo que se refiere a la satisfacción de la pretensión del ciudadano que recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, si éste le ha reconocido el amparo, con esa sentencia puede el ciudadano acudir al Ministerio de Justicia para reclamar la indemnización que corresponda al ser un título suficiente que acredita el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia[26] y ser un presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Con ese título se inicia el procedimiento administrativo en el Ministerio de Justicia contra cuya resolución podría, eventualmente, el ciudadano interponer los recursos que procedan ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ante este cúmulo de acciones y pretensiones del ciudadano ante el supuesto de las dilaciones indebidas, el periplo jurisdiccional al que se le somete y el retraso en el cobro de la indemnización debida, que se verá incrementada por los sucesivos retrasos a que se le somete con este "itinerario" judicial, recientemente, los órganos administrativos competentes del Ministerio de Justicia se han planteado seriamente la conveniencia de sugerir a las Cortes Generales la oportuna modificación legal para que sea el propio Tribunal Constitucional, cuando dicte una sentencia que reconozca el amparo a un ciudadano por dilaciones indebidas en la tramitación de un proceso, el que fije la indemnización a satisfacer a aquél. Es decir, que las sentencias de amparo no sólo sean declarativas, sino que fijen la indemnización o *quantum* indemnizatorio debida al particular. Sobre este asunto, sin embargo, ya se pronunció el Tribunal Constitucional[27] estableciendo que carece de jurisdicción para reconocer el derecho a recibir una indemnización y no está comprendida dentro de los pronunciamientos que pueden y deben contener las sentencias de amparo *ex* artículos 55 y 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que disponen que la sentencia que otorgue el amparo se podrá pronunciar sobre la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, sobre el reconocimiento del derecho o libertad pública y sobre el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad. El artículo 58 de la mencionada norma orgánica dispone que son competentes para resolver sobre las peticiones de indemnización de los daños causados como conse-

(25) STC de 10 de marzo de 2000.

(26) SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 35/1994, de 31 de enero, y 53/1997, de 17 de marzo.

(27) SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 85/1990, de 5 de mayo, y 139/1990, de 17 de septiembre.

cuencia de la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución del acto los jueces o tribunales, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas. A renglón seguido, se dispone en ese mismo precepto que las peticiones de indemnización se sustanciarán por el trámite de los incidentes y deberán presentarse en el plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia, y como ha dejado claro el Tribunal Constitucional tras varios pronunciamientos al respecto[28], el derecho a recibir indemnización por las dilaciones indebidas, como una manifestación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, arranca directamente de la Constitución pero se configura en la LOPJ, lo que hace que no sea por sí mismo invocable en la vía de amparo, careciendo el Tribunal Constitucional de jurisdicción para ello, ya que la indemnización tiende a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio y, por tanto, no aparece comprendida entre los pronunciamientos que pueden y deben contener las sentencias de amparo, defiriendo su declaración a la jurisdicción ordinaria.

IV. ERROR JUDICIAL

Este supuesto se centra en la actividad jurisdiccional propiamente dicha, por lo que sólo es achacable a los jueces y magistrados en el ejercicio de esa función y no al resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. Así, y a pesar de que en varias ocasiones se ha planteado la duda de si los secretarios judiciales pueden dar lugar o cometer un error judicial, por cuanto son un personal cooperador de los jueces y magistrados y porque su Reglamento Orgánico (aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre), les atribuye funciones como titulares de la fe pública judicial, como responsables de la actividad de documentación, como impulsores y ordenadores del proceso, como directores técnico-procesales de la oficina judicial y les atribuye funciones de colaboración y cooperación con otros órganos y Administraciones, sin embargo la mayoría de la doctrina autorizada entiende que no pueden originar un error judicial, y así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo[29]. Por tanto, el error judicial sólo puede provenir de actos jurídicos de los jueces y magistrados en

EL ERROR JUDICIAL SÓLO ES ACHACABLE A LOS JUECES Y MAGISTRADOS EN EL EJERCICIO DE ESA FUNCIÓN Y NO AL RESTO DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

(28) STC 109/1997, de 2 de junio.

(29) STS de 9 de julio de 1990.

el ejercicio de su jurisdicción: sentencias, autos y providencias[30], y es posible apreciar aquél en todas las fases del proceso, tanto en la fase declarativa, en la ejecutiva como en la adopción de medidas cautelares y, por supuesto, en todos los órdenes jurisdiccionales. Pero puesto que en la actualidad no sólo dictan resoluciones de alcance jurisdiccional los jueces y magistrados pertenecientes a la carrera judicial, también cabe apreciar el error judicial de los que ejercen temporalmente esa función, como son los jueces sustitutos y los magistrados suplentes previstos en los artículos 200 y 216 bis LOPJ, así como los jueces de Paz. También se admite el error judicial por las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas cuando ejerce funciones jurisdiccionales en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en la que incurre quien tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. No cabe apreciarlo, sin embargo, respecto a órganos que reciben la denominación de "Tribunal" pero que son auténticos órganos administrativos, como el Tribunal Económico-Administrativo Central, Regional o Local, y el Tribunal de Defensa de la Competencia, como ya se apuntó en su momento. Tampoco es posible admitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial frente a una resolución del Tribunal Constitucional porque es único en su orden y es una jurisdicción no ordinaria, sino constitucional, por lo que frente a sus sentencias no cabe recurso alguno salvo el de aclaración previsto en el artículo 93.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, o el de súplica frente a providencias y autos, con efectos no suspensivos.

El error judicial no cabe apreciarlo tampoco en las decisiones que adopta el Ministerio Fiscal por cuanto se trata de un actor de la Justicia que no dicta resoluciones judiciales, sino que tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (*ex* artículo 124 CE).

Puesto que ni la Constitución Española ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrecen un concepto de error judicial, sólo se puede construir una definición de éste a través de los pronunciamientos jurisprudenciales y la hermenéutica jurídica. Así, numerosas sentencias del Tribunal Supremo consideran[31] que el error judicial procede de una decisión de los Tribunales de Justicia que incurre en una equivocación crasa, evidente, elemental y perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, confundiendo los supuestos de hecho enjuiciados, aplicando con torpeza o negligencia una norma o ley manifiestamente contraria o decidiendo algo que no coincide con la *ratio decidendi* de la resolución. El Alto Tribunal[32] también ha dicho que el error judicial debe proceder de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado o incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico, resultando de ac-

(30) STS de 1 de febrero de 1988.

(31) SSTS de 20 de octubre de 1990 y 3 de marzo de 1993.

(32) SSTS de 9 de noviembre de 2002 y 7 de febrero de 2004, entre otras.

tuaciones realizadas abiertamente fuera de los cauces legales. Está fuera del error judicial aquellos casos en que el error cometido por el juzgador se debió a causas o circunstancias externas imprevisibles o inevitables como la fuerza mayor.

Por tanto, esta definición de error judicial hace de él un error muy cualificado, lo que supone que no pueda calificarse de error judicial la sentencia que se dicta con una interpretación novedosa del ordenamiento jurídico, pues el principio de independencia del Poder Judicial permite toda interpretación razonable dentro de los márgenes que otorga el Derecho aplicable al caso y la hermenéutica jurídica. Según el Tribunal Supremo[33], tampoco puede reputarse error judicial el análisis de los hechos o sus pruebas o interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que sirva de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible; tampoco es error judicial la interpretación de las leyes que haga un Tribunal con criterio racional y lógico, dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. En caso contrario, si se pudiese considerar error aquella sentencia que no se ajuste a la petición del particular porque no satisfaga su pretensión, se estaría abriendo la puerta a una nueva instancia judicial no prevista en las normas procesales[34]. Por tanto, el error judicial, según la jurisprudencia más consolidada, ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no sólo a ojos de los perjudicados o de las partes en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial. No es error judicial el error material y el aritmético, que pueden ser rectificados en cualquier momento (*ex* artículo 267 LOPJ).

Otros pronunciamientos jurisdiccionales[35] concluyen, igualmente, que no existe error judicial en el supuesto, por ejemplo, de que un Tribunal superior casase o anulase la sentencia de uno inferior. Y ello porque, en el mundo de la Administración de Justicia, uno debe moverse con todas las consecuencias e inherencias que puedan ocurrir, como nulidad de actuaciones, recursos, sentencias contradictorias, sentencias o autos confirmados o revocados, y ello supone una carga que debe soportar el administrado en todo momento.

Por otra parte, la doctrina más autorizada viene a clasificar el error judicial en errores de forma o procesales (*in procedendo*) y errores de fondo o materiales (*in iudicando*), y dentro de estos últimos cabría incluso otra clasificación de los errores judiciales en *error iuris* (que consiste en interpretar y aplicar normas jurídicas equivocadamente) y *error facti* (que consiste en apreciar hechos distintos de la realidad que se deduce de las pruebas practicadas). Estas clasificaciones vienen, en definitiva, a poner de manifiesto que el error judicial puede proceder de un error derivado de la apreciación de los hechos y de la valoración de los medios de prueba, o de un error de Derecho derivado de la aplicación injusta del ordenamiento jurídico. En ambos casos, la jurisprudencia[36] y la doctrina más modernas han venido a aceptar que ambos tipos de errores son susceptibles de ocasionar un error

(33) SSTS de 7 de abril de 2000 y de 17 de abril de 2002.

(34) STS de 19 de abril de 2005.

(35) Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo número 1, de 21 de junio de 2007.

(36) STS, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2002.

judicial, si bien el error de Derecho suele y debe corregirse primeramente a través del sistema de recursos procesales que prevé el ordenamiento, mientras que el error de hecho es el que se corrige, propiamente, a través de un recurso de revisión, justamente el que exige el artículo 293 LOPJ para la reclamación de responsabilidad patrimonial por este motivo.

Lo más habitual es que el error judicial se manifieste en una sentencia firme dictada por un juez o un Tribunal, pero también sería posible que se derivase de un auto o, más raramente, de una providencia de ordenación material del proceso. En todo caso, se trata de un error derivado del funcionamiento normal de la Administración de Justicia, un error sin culpa o por caso fortuito, ya que por funcionamiento anormal ya se encuentra la causa anteriormente comentada en este estudio. Si el error se produjese con dolo o culpa del juez o magistrado en el ejercicio de su función de juzgar, lo que incluye la negligencia profesional (que siempre es culpable), pero no la ignorancia (que no tiene por qué ser culpable, aunque la ignorancia sobre el Derecho sí lo es) habría que acudir a la responsabilidad civil o criminal de aquél en la vía correspondiente. Sobre ello se volverá más adelante, brevemente.

También es importante que el error judicial no tenga por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado, lo que supone, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo[37], que haya existido buena fe procesal. Además, y esto se da por descontado, sólo se tiene derecho a indemnización si se cumplen los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial, es decir, que se haya sufrido un perjuicio real, evaluable económicamente, individualizado respecto de una persona o un grupo de personas, que no se tenga el deber jurídico de soportarlo y que se dé el necesario nexo causal entre el perjuicio causado y el error judicial.

De conformidad con el artículo 293 LOPJ, la reclamación de indemnización por error judicial debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente reconozca ese error. Esa decisión judicial puede resultar de una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión o, en su defecto, instando una acción judicial específica ante el Tribunal Supremo para el reconocimiento del error, que se tramitará por el procedimiento propio del recurso de revisión en materia civil[38], siendo partes el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

La declaración del error judicial –y en esto es muy estricta la jurisprudencia– no puede ser sustituida por ningún otro medio procesal, como, por ejemplo, el auto que declara la nulidad de actuaciones. De hecho, la jurisprudencia del TS[39] ha venido a pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la importancia de otorgar sustantividad propia al procedimiento de declaración del error judicial, de modo que considera inviable que se acumule

(37) STS de 10 de octubre de 1989.

(38) Artículos 509 a 516 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la revisión de sentencias firmes.

(39) STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 2002.

a cualquier otra acción. Es cierto, sin embargo, que esta declaración del error judicial por el Tribunal Supremo convierte al Poder Judicial en "juez y parte", podríamos decir, de la valoración del hecho dañoso cometido, pero no parece que otra solución sea mucho mejor por cuanto si se residencia en la Administración Pública (por ejemplo, en el propio Ministerio de Justicia) la determinación de si existió o no error judicial convierte a ésta en un instrumento impropio de la función que constitucionalmente tiene encomendada. El Consejo de Estado también refuerza la tesis de que el procedimiento de reconocimiento del error judicial tiene sustantividad propia y no puede sustituirse por ningún otro en su dictamen de 17 de abril de 1997: "entiende el Consejo que la decisión judicial exigida en el artículo 293 no es un mero 'requisito formal' sino un proceso judicial con objeto propio, que nunca puede ser sustituido o reemplazado; en otros términos, no se trata de una verdad ya averiguada que requiera una formalidad adjetiva, un revestimiento externo, sino que es el Tribunal Supremo el único órgano competente para determinar si se ha producido o no error judicial. Si se ventila la existencia o no de error judicial, a los efectos de reconocer el derecho de indemnización, sólo el Tribunal Supremo está autorizado legalmente para decidirlo por alguno de los dos procedimientos que arbitra la LOPJ: el recurso de revisión y 'en cualquier otro caso distinto' el especial de su artículo 293", y ello a pesar de que el propio Consejo General del Poder Judicial en alguno de sus informes consideró que, cuando recae un procedimiento jurisdiccional explícito que declara la existencia del error no parece justificado imponer la carga de un nuevo proceso de declaración de la existencia del error judicial que ratifique las conclusiones previamente alcanzadas (se trataba de un caso en el que el Tribunal Constitucional había declarado nula una sentencia y dicha circunstancia se esgrimía por el solicitante como causa en la que amparaba la reclamación).

EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL ES UN PROCESO DECLARATIVO QUE NO PONE EN DUDA NI CUESTIONA LA SENTENCIA A LA QUE SE IMPUTA EL ERROR

El procedimiento de declaración de error judicial es un proceso declarativo que no pone en duda ni cuestiona la sentencia a la que se imputa el error ni altera lo resuelto en la sentencia, tampoco realiza una nueva valoración de las pruebas, no entra en consideraciones subjetivas, no suspende la ejecución de la sentencia [*ex* artículo 293.1.g) LOPJ] ni se trata de una tercera instancia judicial. Se puede decir que sirve para conseguir un título que habilita para solicitar una indemnización en vía administrativa ante el Ministerio de Justicia. Por tanto, sólo se puede estimar o desestimar el recurso. Ésa es la diferencia con

el recurso de revisión, ya que en éste se ataca la cosa juzgada y se rescinde la sentencia impugnada, mientras que en el procedimiento de error judicial no ocurre tal cosa, no se dicta una nueva sentencia ni se retrotraen los efectos al momento procesal en que se produjo el error.

Por tanto, es importante insistir en que la sentencia que se dicta y que proclama la existencia del error judicial no puede modificar ni sustituir la sentencia errónea, no ataca directamente la resolución judicial en que el error se produjo, sino que es un mero trámite para acudir más tarde a la Administración Pública (Ministerio de Justicia) solicitando la indemnización económica correspondiente. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo[40], que ha dispuesto que la acción del artículo 293 LOPJ no es una acción que convierta el proceso en que se ejercita en una especie de recurso de apelación o en una tercera instancia o en una casación impropia en la que pudiera dictarse una resolución de sentido contrario a la que se considera errónea. Ahora bien, lo que sí hace la sentencia que declara el error judicial es destruir la presunción de legalidad y legitimidad de la que goza toda resolución judicial una vez que ha ganado firmeza. El error judicial se reconoce del pronunciamiento judicial en su conjunto, por lo que no se distingue si se trata de un órgano unipersonal o colegiado y, si en este último caso, han existido votos particulares discrepantes.

Tras contar con la sentencia que reconozca el error judicial, que se convierte así en una condición necesaria, imprescindible y habilitante para dar el siguiente paso, el ciudadano deberá iniciar otro procedimiento más, esta vez en sede administrativa, ante el Ministerio de Justicia, que se tramitará de conformidad con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado en general, es decir, de conformidad con el Real Decreto 429/1993.

A) Daños cometidos por penados en libertad condicional o en permiso penitenciario

Un caso habitual por el que se reclama ante el Ministerio de Justicia por error judicial es el derivado de delitos o daños ocasionados por personas que han sido condenadas y a las que posteriormente se les ha concedido el tercer grado penitenciario o la libertad condicional. Hasta no hace mucho han existido posturas doctrinales contradictorias: unas consideraban que la adopción de esas medidas están dentro del pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional cuya independencia debe respetarse, por lo que no se puede calificar como error judicial. Esta posición ha sido reiteradamente apoyada en los informes del Consejo General del Poder Judicial y en los dictámenes del Consejo de Estado, que consideran que el hecho de que un condenado en libertad condicional vuelva a delinquir no implica, por sí mismo, que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que la posibilidad de volver a delinquir es independiente del carácter, normal o anormal, de dicho funcionamiento. La postura doctrinal opuesta se basa en el excesivo rigor formalista de esa teoría, ya que nadie tiene la obligación de soportar individualmente la materialización del riesgo que comportan la libertad condicional o el

(40) STS de 9 de febrero de 2004.

disfrute de permisos penitenciarios, y ello al margen de la diligencia del órgano judicial, en la resolución, o de la Administración, en su propuesta primero y después en el seguimiento de lo acordado.

La jurisprudencia más reciente[41] –y ésta es la posición doctrinal que recientemente ha adoptado el Ministerio de Justicia para estimar las reclamaciones por este motivo en sede administrativa– ha venido a considerar que sí existe responsabilidad objetiva del Estado en los supuestos de delitos cometidos por quienes están disfrutando de beneficios penitenciarios, y que objetivamente concurre el nexo de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, basándose en que la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados por un hecho delictivo cometido por una persona en permiso penitenciario o en libertad condicional, por cuanto los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios, porque así lo establecen la Constitución Española y los compromisos internacionales asumidos por España, deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público. Con ello no se reprocha la existencia de fracasos en la concesión de los permisos, que tienen el carácter de inevitable en una política penitenciaria adecuada a los postulados constitucionales, ni se afirma que el fracaso de un permiso es producto por su mera existencia de una actuación profesional o funcionarialmente inadecuada por parte de los encargados de administrar la política penitenciaria, sino que el riesgo que la sociedad conscientemente asume para intentar lograr la resocialización de los penados (o cuando menos, para evitar que su aislamiento social repercuta negativamente en su personalidad) debe ser soportado por el conjunto de los ciudadanos. Esta situación sólo se produce cuando es posible determinar que la comisión de los hechos dañosos tenía relación con la peligrosidad del penado anterior a la salida del establecimiento penitenciario que objetivamente pudo ser apreciada y no lo fue por las autoridades penitenciarias.

V. PRISIÓN PREVENTIVA

Regulada en el artículo 294 LOPJ, se trata de un supuesto de error judicial que pueden reclamar al Estado los que han sufrido prisión preventiva y posteriormente han sido absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa se haya dictado un auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan ocasionado perjuicios. En este caso no es preciso, como en el error judicial, que se dicte una sentencia previa que declare la prisión preventiva indebida, ya que esa función la hacen la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento libre, lo cual hace que el procedimiento administrativo se simplifique mucho ante el Ministerio de Justicia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos[42]. Se trata, por tanto, del procedimiento más sencillo y directo de reconocer de los tres supuestos clásicos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Por otra parte, la prisión preventiva es un supuesto más de que el funcionamiento

(41) SSTS de 7 de octubre de 1997, 16 de diciembre de 1997 y 4 de junio de 2002.

(42) SSTS de 4 de diciembre de 1990 y 20 de enero de 2003.

normal de la Administración de Justicia puede ocasionar daños o perjuicios indemnizables, ya que el juez o el Tribunal ha dictado la prisión en cumplimiento estricto de la normativa procesal y posteriormente se ha podido decidir la absolución.

No obstante, la prisión preventiva indebida puede no sólo proceder de la actuación puramente jurisdiccional de los jueces y Tribunales, sino que también puede deberse a la deficiente actuación de la oficina judicial, como cuando se confunden identidades o no se emite una notificación de puesta en libertad que era obligatorio emitir. En estos supuestos habrá que acudir a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o al instituto general de la responsabilidad patrimonial de la LRJAP y PAC, ya que la regulación de la LOPJ es exclusivamente aplicable a la actividad jurisdiccional.

El derecho a una indemnización por la privación indebida del derecho fundamental a la libertad está recogido también en la normativa internacional, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que dispone en el artículo 9 que "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación". Y el artículo 14 de ese mismo texto normativo dispone que "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".

El Tribunal Supremo[43] exige, en una interpretación teleológica del precepto anteriormente mencionado de la LOPJ que, para que se aprecie error judicial por prisión preventiva indebida y, por tanto, se genere el derecho a la correspondiente indemnización, o bien se demuestre la inexistencia del hecho imputado o inexistencia objetiva, o bien que se pruebe la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le atribuyó o inexistencia subjetiva (es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él). La inexistencia subjetiva incluye el supuesto de que haya hecho pero no se haya acreditado la participación en él (como ocurre en el caso de la coartada), los supuestos de acciones realizadas por los sujetos cuando no depende de su voluntad, como el caso de la fuerza irresistible, paralización por una gran impresión física o psíquica, sonambulismo, embriaguez o un estado de inconsciencia, por ejemplo, así como los casos en que la acción se realiza con una justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida o el cumplimiento de un deber. En cualquier caso, el Tribunal Supremo aplica un concepto muy restrictivo de inexistencia subjetiva y apenas reconoce el error judicial por prisión preventiva, puesto que se centra en quienes nunca participaron en los hechos, no en los que lo hicieron pero tienen una razón de peso para evitar la condena.

(43) SSTS de 27 de enero de 1989, 26 de marzo de 1999, 28 de febrero de 2001, 1 de octubre de 2002 y 25 de mayo de 2006, entre otras.

Existe un caso muy especial que el TS ha considerado[44] que puede entenderse recogido dentro del espíritu del artículo 294 LOPJ, y es el supuesto del "delito provocado", es decir, aquel que lo comete una persona no por su libre voluntad, sino inducido o provocado por la actividad de otra, generalmente un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en su trabajo o intención de detener a los sospechosos de una actividad criminal. Pero no es suficiente, ni el Alto Tribunal entiende encuadrable dentro del mencionado precepto, que se dicte una sentencia que absuelva al inculpado por falta de pruebas, supuesto que no da derecho a solicitar indemnización alguna por error judicial debido a prisión preventiva indebida. Muy pocas sentencias absolutorias afirman que el hecho no ha existido, porque la absolución es posible si no se ha acreditado suficientemente su perpetración.

Por lo que se refiere a la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal, si bien la doctrina venía considerando que no se encontraba dentro de uno de los supuestos previstos en el artículo 294 LOPJ por cuanto muchas veces se decide aquélla por la insuficiencia de las pruebas y no supone que la resolución judicial declare la inexistencia del hecho, sin embargo, la jurisprudencia más moderna y ya consolidada viene observando lo contrario. Así, varias sentencias del Tribunal Supremo[45] entienden que la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal es equiparable a un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho a efectos del artículo 294 LOPJ, ya que, si hubiese indicios racionales de participación del imputado, no se habría desistido de la acción, puesto que cuando el ministerio público retira en el acto del juicio oral la acusación contra una persona, ésta queda exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal al no desvirtuarse el principio de presunción de inocencia. Puesto que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, si no existe parte, pública o privada, que ejercite la acción penal, el procedimiento penal que se hubiese podido incoar pierde toda virtualidad y queda sin objeto. En estos supuestos, el auto de sobreseimiento provisional puede enmascarar un sobreseimiento libre y la jurisprudencia es favorable a considerar que procede la responsabilidad patrimonial.

La regulación procesal del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

PARA EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN, LA LOPJ DISPONE QUE LA CUANTÍA DEBERÁ TENER EN CUENTA NO SÓLO EL TIEMPO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, SINO TAMBIÉN LAS CONSECUENCIAS PERSONALES O FAMILIARES QUE SE HAYAN PRODUCIDO

(44) STS de 13 de junio de 2003.

(45) SSTS de 26 de enero de 2005 y de 6 de octubre de 2006.

de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim). Así, el artículo 637 LECrim dispone que procederá el sobreseimiento libre cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiese dado motivo a la formación de la causa, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. El artículo 641 dispone que procederá el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa o cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. Los efectos jurídicos de una y otra modalidad de sobreseimiento son distintos y muy importantes: mientras que el sobreseimiento libre produce efecto de cosa juzgada y es firme, sin que quepa la posibilidad de reabrir el asunto, el sobreseimiento provisional permite que el mismo órgano judicial que conoció del caso pueda reabrir el asunto si surgen nuevas pruebas de la comisión del delito o se puede determinar la persona responsable de éste. Por otra parte, el artículo 960 LECrim dispone, respecto a la sentencia absolutoria, que "Cuando por consecuencia de la sentencia firme anulada hubiese sufrido el condenado alguna pena corporal, si en la nueva sentencia se le impusiere alguna otra, se tendrá en cuenta para el cumplimiento de ésta todo el tiempo de la anteriormente sufrida y su importancia. Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos".

Para el cálculo de la indemnización, el artículo 294 LOPJ dispone que la cuantía que se fije deberá tener en cuenta no sólo el tiempo de privación de libertad, sino también las consecuencias personales o familiares que se hayan producido. Y, al margen de que se trata de daños morales que, según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo que se reseña en ese mismo estudio, tiene un alto componente subjetivo para su fijación, el Alto Tribunal también estima[46] que deben ponderarse las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido. En otra sentencia[47], el Tribunal Supremo considera que la prisión indebida puede causar a cualquiera ciertas reacciones de angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor, pero las consecuencias son diferentes para cada persona en función de su edad, salud, conducta cívica, hechos imputados y antecedentes penales o carcelarios. Con todos estos elementos de juicio, el Alto Tribunal considera razonable la progresión en el cálculo que se realice de la indemnización económica. El Ministerio de Justicia viene, desde hace poco tiempo, indemni-

(46) SSTS de 20 de enero de 2003 y 21 de marzo de 2006.

(47) STS de 20 de febrero de 1999.

zando la prisión preventiva indebida, cuando se estima en sede administrativa, con una cuantía de 3.600 euros al mes (o, lo que es lo mismo, 120 euros por día de prisión, superando los tradicionales 60 euros por día de prisión indebida con que se indemnizaba en los últimos 10 años, aproximadamente), de conformidad con una suerte de "baremo" que incluye los daños morales implícitos y que, para estos supuestos y similares, estableció la Audiencia Nacional en una Sentencia de 6 de noviembre de 2006 de la Sala de lo contencioso-administrativo.

En el caso específico de que haya existido prisión provisional de duración superior a la pena impuesta en la sentencia, parece que no puede aplicarse este supuesto del artículo 294 LOPJ por cuanto no hay inexistencia objetiva ni subjetiva del hecho, por lo que la reclamación de responsabilidad patrimonial debería reconducirse por el particular a un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o, en su caso, a un supuesto de error judicial.

La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos [1]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Investigadora del Programa Ramón y Cajal (MEC)
Universidad de Oviedo

Resumen

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y SU REPERCUSIÓN EN LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS DE LA LEY 8/2007 DE SUELO Y LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El derecho de propiedad incluye dentro de su propio contenido una serie de obligaciones que responden a la función social que el mismo cumple. Estos deberes que implican en ocasiones restricciones en dicho derecho, especialmente, en cuanto a su uso, hace que surjan dudas respecto de su posible indemnización, en particular cuando se trata de delimitaciones sobrevenidas de este derecho, de ahí la necesidad de distinguir tal supuesto de la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, aunque la regla general es que las restricciones provenientes de la función social de la propiedad no dan lugar a indemnización por formar parte del derecho mismo, lo cierto es que en la práctica se encuentran importantes excepciones como los supuestos indemnizatorios en el ámbito urbanístico o las posibles compensaciones en los espacios naturales protegidos. Es precisamente en el ordenamiento alemán –seguido por el nuestro en el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad– en el que se encuentra solución a estas dudas, aunque el francés también ofrece aportaciones de interés.

(1) Este artículo es un extracto del trabajo presentado al tercer ejercicio de habilitación a Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo, concluida el mes de julio de 2007 en la Universitat Pompeu Fabra, y que está actualmente pendiente de publicación.

Abstract

THE SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY AND ITS REPERCUSSION IN THE COMPENSATORY ASSUMPTIONS OF THE LAW 8/2007 ON LAND AND PROTECTED NATURAL SPACES

Property right includes within its own content a series of obligations that respond to the social function that this right fulfills. Sometimes these duties imply restrictions in the right itself, especially in how it is used, and make think about its possible indemnification, in particular when we face automatic boundaries of this right. This is the reason why it is essential to distinguish such issues from cases of expropriation or patrimonial non-contractual responsibility. Although the general rule is that restrictions due to the social function of the property do not merit indemnification because they are part of the same right, actually there are important exceptions like compensatory assumptions in the city-planning scope or eventually compensations in the protected natural spaces. It is the German legal system –followed by ours in the constitutional recognition of the property right–, which presents the best solution to these doubts, although the French ordering also offers interest contributions.

Sumario:

I. El derecho de propiedad y su función social. II. La expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial y la función social de la propiedad. III. Los supuestos indemnizatorios en el ámbito urbanístico. A) La Ley española 8/2007 de Suelo. B) Las *servitudes d'urbanisme* en Francia. C) La indemnización por perjuicios irrogados de la planificación: los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch* alemán. **IV. La posibilidad de compensar ciertas restricciones impuestas a los espacios naturales protegidos. V. Conclusión.**

I. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIAL

Desde el reconocimiento más aparentemente absoluto y extenso del derecho de propiedad en los términos que el mismo es regulado en el artículo 348 del Código Civil, hasta el haz de facultades concretas de las que dispone el propietario de un bien, especialmente inmueble, en su disfrute, interfieren diversos aspectos y median una serie de posibles intervenciones del legislador y la Administración que condicionan y delimitan el citado

derecho de forma considerable[1]. Sin embargo, esta interferencia de los poderes públicos no siempre ha tenido la misma intensidad.

Así, desde la consagración del derecho de propiedad como sagrado e inviolable en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789[2], hasta nuestros días, este derecho ha sufrido una importante evolución en la que ha pasado de una concepción liberal –propia de la visión individualista de la Revolución Francesa e incorporada por el sistema español a través de la Constitución de Cádiz de 1812[3] y más tarde por el Código Civil de 1889– a una concepción social que en nuestro ordenamiento se consolida en el artículo 33 de la CE, aunque cuenta con importantes antecedentes.

EL ART. 33 DE LA CE RECONOCE EL DERECHO DE PROPIEDAD, PERO NO FIJA SU CONTENIDO, PUES ÉSTE NO ES IGUAL PARA TODO TIPO DE PROPIEDAD

Ya en la LEF de 1954 se habla de la función social de la propiedad de la que definitivamente se hace eco la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana de 1956[4], que introduce también la idea de estatuto jurídico del suelo; no obstante no debe olvidarse el precedente que en todo ello supuso la Constitución Republicana de 1931[5].

(1) A este respecto resulta interesante reproducir las palabras de GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L., *Estudios de Urbanismo*, Abella, Madrid, 1992, pág. 35, cuando dice "Es indudable que no en todos los tiempos, ni en todos los lugares, ni en relación con todas las cosas, la respuesta ha sido la misma –se refiere al interrogante que respecto de las relaciones entre el hombre y las cosas plantea previamente: ¿qué es lo que los demás hombres, en este aspecto de la vida, están obligados a respetar, y el sistema social-Poder y no Poder-obligado a proteger?–; ni puede, ni debe ser la misma. Las diferencias culturales a todo lo ancho del mundo, los múltiples momentos históricos, aun dentro de cada cultura, y la diversidad de las cosas mismas, imponen respuestas diferentes. En este momento, la convergencia cultural universal según los modelos de Occidente, hasta diría del Occidente Norteamericano y Centroeuropeo, y la condición sincrónica de la Historia, parece que imponen una respuesta muy uniforme a la pregunta. Sin embargo, la multiplicidad natural de las cosas y de sus posibles aprovechamientos imponen respuestas crecientemente diversificadas, como dice Bertrand Russel: 'La propiedad es lo que el grupo político dominante decide que sea' (*Nuevas esperanzas de un mundo en transformación*, pág. 102)".

(2) Al respecto, véanse, entre otros, DEBENE, M., "Article 17", en *La déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, Paris, 1993, págs. 343-355; y FAVOREU, L., "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789", en *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, págs. 123-150.

(3) Tal y como lo recoge PONS CÀNOVAS, F., *La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 20-21.

(4) Respecto a la propiedad en la legislación urbanística véanse entre otros CHICO Y ORTIZ, J.Mª., "El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 33, 1973, págs. 97-124; DOMÍNGUEZ VILA, A., "Actuaciones recientes sobre coordinación entre Propiedad y Urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, (separata), 1983, págs. 103-116; PORTO REY, E., "Algunas observaciones a las recomendaciones del Tribunal de la Competencia y de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo", *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 143, 1995, págs. 55-70.

(5) La Constitución italiana, de 27 de diciembre de 1947, que también se vio influida por nuestra Constitución republicana de 1931, encomienda a la Ley el aseguramiento de las "funciones sociales" de la propiedad y centra la *causa expropriandi* en el interés general (artículo 42).

Así, y como ha señalado el profesor Leopoldo TOLIVAR ALAS[6], en el largo período de vida de la Ley expropiatoria, de 10 de enero de 1879, se produjo la proclamación de la II República, cuya Constitución, en el artículo 44, señalaba que "Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas...".

La Constitución republicana, como acertadamente observó el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA[7], supuso un novedoso y drástico cambio de orientación en la función social de la propiedad, pero también del instituto expropiatorio: si hasta ese momento "la referencia a la expropiación estaba enunciada en forma negativa, en función y desde la garantía al derecho de propiedad", en 1931 se da curso "a la idea de la expropiación como instrumento de acción positiva".

Del modo expuesto se llega a la concepción social del derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978, frente a la liberal de otros tiempos, que, como señaló LEÓN DUGUIT, se debió al paso de la intervención desde fuera a la función social desde dentro, propia de la evolución del Estado Liberal al Estado Social[8].

Concretamente en su artículo 33 la CE reconoce el derecho de propiedad[9], sin embargo, no fija su contenido, pues precisamente éste no es igual para todo tipo de propiedad. Así, el citado precepto dice en su párrafo segundo que "la función social de estos derechos –el de la propiedad y el de la herencia– delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes"; de tal modo que será principalmente el legislador quien lo determine, aunque dado que utiliza la expresión "de acuerdo con las leyes", y no por ley, da entrada también al reglamento, aunque con las limitaciones propias del artículo 53.1 del texto constitucional, que exige que el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la CE sea regulado por ley, la cual en todo caso ha de respetar el contenido esencial de éstos; conectándose en el artículo 53 de la CE la garantía del contenido esencial con la garantía formal de reserva de ley[10].

(6) En TOLIVAR ALAS, L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.Mª., "El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH", en MARTÍN REBOLLO, L./BERMEJO VERA, J. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, 2007 (en imprenta).

(7) En su estudio *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, reproducción facsimilar de la edición de 1956. Véase la recensión a este libro, de TOLIVAR ALAS, L. en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, 1986, págs. 191-196, donde se da cuenta de las tres leyes incautatorias aprobadas por el Congreso de Diputados en 1932.

(8) Como ha señalado el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "Derecho de propiedad y proyecto de Ley de reforma de la Ley del Suelo", en *Derecho Urbanístico local*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 72-75, ha sido precisa una redefinición del derecho de propiedad partiendo de la formulación del Código Civil, pero adaptándola a los principios del Estado Social de Derecho.

(9) Respecto a la propiedad como derecho y como fundamento del sistema económico y social, véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, págs. 685-686.

(10) Tal y como lo ha expresado DÍAZ OTERO, A., "Privacidade e accesibilidade social da propiedade", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1996, vol.5 (2), pág. 58.

Esta cuestión es de suma importancia pues ofrece la posibilidad de que determinados aspectos concretos del derecho de propiedad sean fijados no por el legislador sino por la Administración, como sucede con los POL, los PORN, los PORF, y muy especialmente los Planes urbanísticos[11].

Llegados a este punto y dado que el análisis de toda institución requiere retrotraerse a sus orígenes y a sus fuentes de inspiración, y respecto de lo primero ya se ha apuntado cuándo nace en nuestro ordenamiento la noción de función social de la propiedad, corresponde ahora, y en relación con lo segundo, hacer una breve referencia al modelo que en este punto ha seguido nuestro sistema.

Si España en sus normas decimonónicas se dejó guiar por el ejemplo francés a la hora de regular el derecho de propiedad, sin embargo, el constituyente de 1978 miró hacia el modelo alemán. Además, y como ha señalado el profesor SOSA WAGNER[12], la posibilidad de incidir en la propiedad a través de restricciones y los supuestos limitados en que cabe indemnizar esa circunstancia –que es el objeto principal de este estudio– tiene su origen en un trabajo del profesor alemán GERHARD ANSCHÜTZ de 1897[13], donde puede encontrase además un claro antecedente de los estatutos de la propiedad.

Volviendo a nuestra actual Constitución, y más concretamente a los artículos 33 y 53 y su modelo, cabe señalar que el primero de ellos es fiel reflejo del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949[14], en el que se sigue incluso una misma estructura, y en cuyo apartado segundo se introduce la *Sozialbindung* de este derecho, al precisar que el uso de la propiedad debe contribuir al mismo tiempo al bien de la colectividad, no obstante, esta figura encuentra su precedente en el artículo 153 de la Constitución de Weimar (1919).

Y otro tanto de lo mismo cabe afirmar del artículo 53.1 de nuestra Carta Magna y del artículo 19 de la GG alemana, precepto este de gran relevancia por hacerse eco de la figura del "contenido esencial", al afirmar que en ningún caso puede verse afectado en su conte-

(11) Pues como muy bien ha dicho el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo "Orden de derribo de lo edificado sin licencia y protección del medio ambiente (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 'Saliba C. Malta' de 8 de noviembre de 2005", *REDA*, núm. 130, abril-junio de 2006, pág. 359, "Resulta normal así que los instrumentos urbanísticos generen inevitablemente cargas, limitaciones o restricciones que tienen que soportar los propietarios. Es decir, los instrumentos urbanísticos de alguna manera están predeterminando el estatuto del derecho de propiedad".

(12) SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del Derecho Público (II)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 122.

(13) Y en concreto en su trabajo "Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt", *Verwaltungsarchiv*, 5, 1987, págs. 1 y siguientes (cita tomada de SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del Derecho Público (II)*, *op. cit.*, pág. 122).

(14) En relación con este precepto de la Constitución alemana véanse, entre otros, RITTSTIEG, H., "Grundgesetz und Eigentum", *NJW*, 1982, págs. 721 y siguientes; VON BRÜNNECK, A., *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1984; JARASS, H.D. Und PIEROTH, B., *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, págs. 345 y siguientes; MÜNCH, I. VON und KUNIG, PH. (HRSG.), *Grundgesetz-Kommentar*, BAND 1, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, págs. 883-953; DREIER, H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 831-914, y SCHMIDT-BLEIBTREU, B. und KLEIN, F., *Kommentar zum Grundgesetz*, 10. Auflage, Luchterhand, München, 2004, págs. 488-540.

nido esencial un derecho fundamental y en Alemania –a diferencia de nuestro sistema– el derecho de propiedad lo es[15].

Por todo ello la propuesta que se hace aquí de acudir al ordenamiento alemán con el fin de hallar respuesta para algunas dudas que en el nuestro se originan en torno al derecho de propiedad, no es arbitraria ni caprichosa, sino que se justifica en su origen.

Además, de la lectura de ambos preceptos se comprende igualmente que el constituyente –tanto español como alemán– ha obviado dar una definición del derecho de propiedad que debe ser buscada en las leyes específicas, pero también, y muy especialmente, en la doctrina del TC con el fin de conocer cuál es el mínimo que conforme al artículo 53.1 CE debe respetarse, y que por tanto y al margen de las precisiones concretas que el legislador y en menor medida la Administración hagan para cada tipo de propiedad, sea válido para todas ellas.

Y a este respecto han sido muchas las ocasiones en las que el TC ha podido manifestarse en torno al concepto del contenido esencial y, en fin, de la configuración misma del derecho de propiedad y de su función social, destacando la STC 37/1987, en relación con la propiedad agraria. Y de la doctrina elaborada en ésta y otras resoluciones del Alto Tribunal, se desprende que el contenido esencial comprende en todo caso la titularidad de las facultades de uso y disposición.

De otro lado, para el TC "la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio: ejercicio que aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular", de tal modo que por ello mismo se deduce la ausencia de indemnización como consecuencia de ésta, pues se trata de delimitar y fijar el propio contenido del derecho y no de una limitación externa[16].

Además la incorporación de estas exigencias sociales a la definición del derecho de propiedad responde a principios e intereses tutelados en la propia CE, entre otros, muy especialmente, el artículo 45 respecto a la utilización racional de los recursos naturales.

En conclusión con lo dicho, el derecho de propiedad puede ser delimitado e incluir unas facultades más o menos amplias de disfrute y disposición, no obstante no es legítimo que la delimitación que del contenido concreto del derecho de propiedad se haga

(15) En relación con los límites del legislador en su tarea de fijar y delimitar el contenido del derecho de propiedad en el sistema alemán, véase RIEGEL, R., "Wo liegen für den Gesetzgeber die Grezen, gemäß Artículo 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?", in *Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, págs. 1-62.

(16) Precisamente el hecho de que la función social de la propiedad haga que se incorporen deberes al contenido del mismo se pone de manifiesto claramente en las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, pues como bien ha señalado el profesor GÓMEZ BARAHONA, A., "Título IV. Expropiaciones", en *Comentario a la Ley 6/1998, de 18 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Concordado con la legislación autonómica*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 650, éstas responden realmente al incumplimiento de los deberes básicos que son la traducción o concreción de la función social de la propiedad.

implique una anulación de estas facultades, pues ello atentaría contra el contenido esencial del derecho, que supone además, conforme a la doctrina del TC, la "recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable"[17]. De tal modo que cabe limitar el uso de un bien por la función social que éste cumple pero no llegando a hacerlo impracticable.

En esta misma dirección apunta la idea señalada por el profesor BARNÉS de que el contenido esencial de este derecho es el "aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusa"[18], lo cual es la consecuencia lógica del planteamiento previo, es decir, que la función social de la propiedad forma parte misma del derecho de propiedad.

No obstante –entiende este autor y así parece deducirse de lo señalado respecto a la STC 37/1987– en la ecuación "cargas-beneficios" del contenido dominical los últimos deben salir ganando; lo cual será fundamental a la hora de descifrar en un caso concreto si el legislador o la Administración han sobrepasado el límite fijado por la propia CE en sus ingerencias en la propiedad.

CABE LIMITAR EL USO DE UN BIEN POR LA FUNCIÓN SOCIAL QUE ÉSTE CUMPLE PERO SIN LLEGAR A HACERLO IMPRACTICABLE

Aunque en principio cuando se habla de la delimitación de las facultades incluidas en este derecho en atención a la función social de éste se tienda a pensar en las restricciones impuestas a su uso, como puede ser claramente la imposibilidad de edificar en terrenos comprendidos en un espacio natural protegido, no debe olvidarse la otra facultad que se integra en el contenido esencial del derecho, es decir, la disposición sobre aquél. Piénsese, en los derechos de tanteo y retracto de la Administración[19] que le otorgan una preferencia en la adquisición respecto de determinados bienes, lo que si bien no priva de la facultad de disposición sí condiciona su ejercicio al limitar la absoluta libertad de a quién lo enajena.

(17) Fundamento Jurídico 2º de la STC 37/1987.

(18) BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1988, págs. 603-604.

(19) Así, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Sentencia de 2 de febrero de 2007 (Ar. 88422), recordó que el derecho de retracto es un límite del derecho de propiedad por interés público.

Esta idea de que dentro del mínimo esencial del derecho de propiedad se integran ambas facultades se ratifica en alguna norma de ámbito supranacional. Concretamente y para culminar con la evolución experimentada por este derecho es preciso hacer una breve referencia al artículo II-77 del Tratado por el que se establece una Constitución Europea, y que con independencia de su incierto futuro político[20], resulta interesante comprobar que incluye en tal derecho expresamente el uso y disfrute y la disposición.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de que tales previsiones se recojan por primera vez en un texto de estas características, lo cierto es que encuentra su antecedente en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000[21].

No obstante, ya con anterioridad el TEDH en su Sentencia de 13 de junio de 1979 (Ar. 2), caso *Marckx*, entendió no sólo que la facultad de disposición sobre los bienes es un aspecto fundamental del derecho de propiedad, sino también que ésta puede verse condicionada por el interés general.

Este pronunciamiento es fruto de su interpretación de otra norma clave en la materia: el artículo 1 del protocolo núm. 1 del CEDH, de 20 de marzo de 1952[22], por el que se incorporó la propiedad al catálogo de la Carta de Roma, y que ya entonces recoge las tres reglas básicas en la materia y que se han venido repitiendo en diversos preceptos ya mencionados y, que como bien han dicho el TEDH y el TC, han de interpretarse conjuntamente[23], me refiero, en primer lugar, al reconocimiento del respeto al derecho de la propiedad, en segundo, a cómo su contenido puede estar condicionado en atención al interés general que se persiga y, finalmente, a la posibilidad de expropiar este derecho a través del pago de la correspondiente indemnización.

(20) Recuérdese que dicho Tratado, aunque aún no está en vigor, fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, sometido a referéndum en España el 25 de febrero de 2005 y autorizada su ratificación por nuestro país por Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo.

(21) En efecto, el artículo 17 de la citada Carta de Derechos Fundamentales recoge el derecho a la propiedad en los mismos términos que el artículo II-77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

(22) El CEDH fue hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, mientras que el citado Protocolo núm. 1, de ampliación de los derechos del CEDH, se realizó en París el 20 de marzo de 1952 y fue firmado por España el 23 de febrero de 1978 y ratificado por Instrumento de 27 de noviembre de 1990, entrando en vigor ese mismo día.

(23) Esta doctrina puede constatarse, entre otras, en la STEDH de 22 de enero de 2004 (Ar. 5), caso *Jahn y otros* contra *Alemania*, referente a la restitución de terrenos sin indemnización como consecuencia de la reunificación alemana, y en la STEDH de 21 de septiembre de 2004 (Ar. 59), caso *Schirmer* contra *Polonia*, apartado 32, en relación en este caso a un conflicto entre propietarios e inquilinos como consecuencia de la transición de un orden legal socialista y su régimen de propiedad a uno compatible con la norma de Derecho y la economía de mercado en Polonia. Asimismo, en el caso de la STEDH de 20 de febrero de 2003 (Ar. 10), caso *Forrer-Niedenthal* contra *Alemania*, en la que se consideró que no había habido vulneración del citado artículo 1 al no existir una carga desproporcionada; al igual que en la STEDH de 2 de agosto de 2001 (Ar. 501), *Sociedad Cooperativa La Laurentina* contra *la República Italiana*, respecto a la imposibilidad de construcción por falta de aprobación de Plan de detalle urbanístico por la Administración.

II. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Una vez establecido el concepto de derecho de propiedad y de su función social, es preciso partir de éste para trazar los límites con otras figuras afines. El elemento en común a la expropiación, la responsabilidad patrimonial y la delimitación por función social, es el producirse una injerencia en la propiedad que "aparentemente" causa un perjuicio. No obstante, si tal daño se considera que proviene de la propia fijación del contenido normal del derecho, condicionado por su función social, la consecuencia –aplicando la doctrina elaborada por el TC respecto a la configuración de esta figura–, es la ausencia de indemnización. Por el contrario, de considerar que tal intervención conlleva la expropiación no cabe duda de que en virtud del propio artículo 33.3 CE es necesario pagar el justiprecio[24]. La última de las tres opciones es entender que el perjuicio causado a la propiedad responde a las claves de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y, por tanto, cumple los requisitos exigidos por aquélla, es decir, que pueda calificarse como lesión indemnizable por esta vía.

Sin embargo, trazar los límites entre los tres supuestos apuntados y deslindar con precisión la función social de estas otras dos figuras no siempre resulta fácil. Así y respecto a la diferenciación entre la fijación del contenido de la propiedad y la expropiación, en esta separación se han barajado varios criterios que, sin embargo, han resultado en la mayor parte de las ocasiones poco eficaces, como es el caso de la idea de la generalidad y carácter normativo de la primera y la singularidad y realización mediante un acto concreto de la segunda, pues no siempre tales premisas se cumplen. Muestra de ello son las expropiaciones legislativas –especialmente cuando tienen alcance general como sucedió con la Ley de Costas[25] (recuérdese la STC 149/1991)–.

Lo cierto es que la diferencia entre expropiación y delimitación del derecho de propiedad no es tarea sencilla, pues se trata de un *continuum*, donde acaba una comienza la otra[26]. Y siguiendo el concepto de derecho de propiedad configurado por el propio TC, el punto de inflexión en ese *continuum* es el contenido esencial del derecho de propiedad, es decir, la regulación del mismo y de las facultades y deberes que comprende deja de ser una delimitación cuando afecta al contenido esencial, momento en que se convierte en expropiación si cumple el resto de requisitos de ésta, tratándose en caso contrario de una medida inconstitucional[27].

(24) En cuanto a la institución expropiatoria véase, entre otros, ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1999, y del mismo autor "Mito y realidad de la declaración de utilidad pública o interés social ante una nueva Ley de expropiación forzosa", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 17, 2002.

(25) En relación con la propiedad privada en la Ley de Costas, véase MIRALLES GONZÁLEZ, I., *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de Costas*, Civitas, Madrid, 1992.

(26) MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 108.

(27) Pues recuérdese que el artículo 53.1 CE veda al legislador la posibilidad de incidir en el contenido esencial.

En conclusión, en algunas ocasiones la limitación del uso de un bien por su propietario puede plantear dudas respecto a su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de una expropiación, especialmente, si ésta es legislativa o también si se está ante una expropiación no plena –que son aquellas que afectan sólo a facultades parciales del dominio o derechos o intereses legítimos–, o de una delimitación del derecho de propiedad. Siendo para su deslinde el contenido esencial el único criterio válido.

Otra institución a tener en cuenta en la materia objeto de este estudio es la responsabilidad patrimonial[28], que en algún supuesto fronterizo puede traer problemas de separación con la función social de la propiedad e, incluso, con la expropiación forzosa[29]. El interrogante de partida es hasta dónde está obligado el propietario a soportar sin indemnización la delimitación de su derecho de propiedad. Pues bien, aquí se sostiene que precisamente la clave se encuentra en que exista o no en el caso concreto el deber jurídico de soportar el perjuicio infligido al particular con ocasión de la intervención administrativa; pero distinguiendo claramente entre aquella delimitación que no es legítima ni proporcionada de aquélla que sí lo es.

En el primer caso, es decir, cuando la medida es desproporcionada, y dado que no existe el deber jurídico de soportar dicho daño, que sí habría de otro modo, cabe la indemnización del citado perjuicio con base en la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues a la hora de examinar cada caso concreto es preciso comprobar si la delimitación del derecho de propiedad es congruente con la función social que se persigue y si ésta responde realmente a una necesidad socialmente sentida[30].

En esta dirección también apunta la doctrina recogida en varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y muy especialmente la Sentencia de 24 de septiembre de 1982 –*Sporrong* y *Lönnroth* contra Suecia–, con base en el derecho de propiedad reconocido

(28) En relación con esta institución, véanse entre otros, BLANQUER, D., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1997; GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, CEDECS, Barcelona, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, del mismo autor "El principio de la responsabilidad de los poderes públicos según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador", *REDC*, Año 23, núm. 67, 2003; *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2005; MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, y del mismo autor "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo", *REDA*, núm. 24, 1980; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993; "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración", *RAP*, núm. 150, 1999; "Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XII, núm. 556, 5 de diciembre de 2002, o *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid, 2005; o MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

(29) En relación con la delimitación del derecho de propiedad y la responsabilidad patrimonial, resulta de máximo interés la obra de los profesores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., SANTAMARÍA PASTOR, J.A. y PAREJO ALFONSO, L., *Sobre la delimitación del contenido del derecho de propiedad y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Diputación de Madrid, Madrid, 1982.

(30) Así lo han puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, *op. cit.*, págs. 247-248.

en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[31].

En el caso concreto del que se extrae su doctrina –reiterada con posterioridad–, entiende este Tribunal que de la unión de ambas medidas –prohibición de construir y permiso de expropiación– se rompió el justo equilibrio entre el derecho de propiedad y las exigencias de interés general y que los recurrentes *soportaron una carga especial y exorbitante que sólo hubiera sido legítima si hubieran podido reclamar la reducción de plazos o exigir una indemnización*.

Así, ha habido quien considera que en dicha sentencia el TEDH impone a todos los Estados signatarios del Convenio la necesidad de regular una responsabilidad objetiva o sin culpa en presencia de cargas especiales[32]; recuérdese que no todos los Estados tienen el mismo sistema de responsabilidad de la Administración, destacando especialmente la peculiaridad del caso alemán[33].

HA HABIDO QUIEN CONSIDERA QUE EL TEDH IMPONE A TODOS LOS SIGNATARIOS DEL CONVENIO LA NECESIDAD DE REGULAR UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN CULPA EN PRESENCIA DE CARGAS ESPECIALES

Sin embargo, aquí se entiende que la doctrina del TEDH aplicada estrictamente a lo expuesto respecto a nuestro sistema, no significa que sea necesario introducir la responsabilidad patrimonial para cubrir los perjuicios derivados de la función social de la propiedad, sino que en este caso concreto se da lugar a indemnización porque la medida es desproporcionada al fin perseguido como consecuencia de su excesiva duración. De hecho de haberse establecido un plazo razonable y aun sin preverse indemnización –dado que recuérdese el TEDH utiliza a este respecto la conjunción "o"–, la medida sería legítima y carecería de compensación.

Precisamente una de las conclusiones que cabe deducir del análisis de la doctrina del TEDH, es el empleo reiterado en el análisis y comprobación de la hipotética ruptura del citado equilibrio de la presencia de dos elementos: de un lado, la

(31) En relación con la jurisprudencia del TEDH en esta materia, véase BARNÉS VÁZQUEZ, J. y GUICHOT, E., "La jurisprudencia del TEDH sobre la propiedad privada", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995.

(32) Como es el caso del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo", *Documentación Administrativa*, núm. 22, 1990.

(33) Respecto a la responsabilidad en Alemania véanse, entre otros, EMBID IRUJO, A., "La codificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: el ejemplo de la Ley Alemana de 26 de junio de 1981", *REDA*, núm. 34, 1982 y OSSENBÜHL, F., "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, págs. 931-954.

duración excesiva de la medida[34], que aun siendo en sí misma legítima y proporcionada deja de serlo por su extremada extensión en el tiempo[35]; y de otro, y fuertemente vinculado con el anterior, la incertidumbre que se provoca en el propietario en cuanto a su derecho[36].

Si respecto de la aplicación de la responsabilidad patrimonial a esta primera opción, es decir, a los daños causados como consecuencia de la vulneración del derecho de propiedad por una medida ilegítima, no parece haber dudas, no obstante, y por lo que se refiere a la segunda posibilidad planteada, es decir, que la medida que causa el perjuicio sea legítima y proporcionada, es preciso partir de que el despliegue de dicha institución encuentra dos obstáculos.

De un lado, al tratarse de una medida que tiene por objeto privar de determinadas facultades al propietario, y por tanto, ése es su fin, se aproxima más a la expropiación que a la responsabilidad[37].

Pero, además por otra parte, para poder hablar de responsabilidad es necesario que el perjuicio pueda calificarse como lesión indemnizable, para lo cual el presupuesto básico es que no exista el deber jurídico de soportar, de ahí que si tal daño proviene de la delimitación del derecho por su función social ello suponga su incompatibilidad con la citada responsabilidad, pues en tal caso la regla general es que el propietario tiene el deber jurídico de soportarla, siempre que ésta sea correcta, y por tanto esté justificada, exista realmente esa función social y la medida sea proporcionada al fin perseguido.

Por todo ello, con la finalidad de salvar ambos escollos y partiendo de esa incompatibilidad los supuestos de responsabilidad patrimonial han de limitarse, a mi juicio, a aquellos casos en que el daño sí cumple los requisitos de esta figura, como puedan ser aquellos perjuicios colaterales a la fijación del contenido del derecho y no los directamente perseguidos con ésta.

(34) En efecto, como recuerda LASAGABASTER HERRARTE, I., "Protocolo Adicional", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Gobierno Vasco, Madrid, 2004, pág. 608, el TEDH ha considerado que puede ser que la medida sea en sí misma adecuada pero el tiempo de su duración no.

(35) Como en las Sentencias de 1 de marzo de 2001 (Ar. 202), caso *Malama* contra *Grecia*, de 17 de julio de 2001 (Ar. 476), caso *E.A. y otros* contra *Turquía*, de 17 de julio de 2001 (Ar. 477), caso *A.T. y otros* contra *Turquía*, de 17 de julio de 2001 (Ar. 478), caso *M.T. y otros* contra *Turquía*, de 6 de diciembre de 2001 (Ar. 806), caso *Yagtizlar y otros* contra *Grecia*, de 3 de julio de 2003 (Ar. 39), caso *Búfalo Srl en liquidación* contra *Italia*, de 1 de febrero de 2005 (Ar. 8), caso *Beller* contra *Polonia*, en este caso aunque no se entra en el fondo del asunto por no haberse aún resuelto el proceso ante los Tribunales internos destaca a este respecto el voto particular del juez Pavlovschi, de 26 de abril de 2005 (Ar. 44), caso *Herbst y otros* contra *República Checa*, o la de 15 de noviembre de 2005 (Ar. 125), caso *Kukkola* contra *Finlandia*.

(36) Pues como bien ha dicho GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La adaptación de los planes generales: disminución del contenido del derecho de propiedad e indemnización", en *Jornadas de Derecho Urbanístico (1ª Oviedo 1980). XVII Temas de Derecho urbanístico*, Colegio Oficial de Aparejadores de Asturias, Oviedo, 1980, pág. 419, tras analizar la Sentencia del TEDH *Beyeler* contra *Italia*, de 5 de enero de 2000, "el legislador y la Administración no pueden operar con modelos estáticos en que se prescinde del factor 'tiempo'. El tiempo existe, la vida de las personas tiene una duración limitada, y el legislador y la Administración, por acción o por omisión, no pueden provocar situaciones de incertidumbre de duración indefinida".

(37) Recuérdese que el carácter volitivo de la expropiación frente al daño colateral y no perseguido en la responsabilidad es algo asumido y reconocido por la doctrina, entre otros, por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo,* tomo II, *op. cit.*, pág. 358.

Así, dentro de la responsabilidad patrimonial entrarían, por ejemplo, las inversiones que el propietario lleva a cabo y que conforme a la regulación en ese momento vigente le permitirán realizar determinados usos, que, sin embargo, devienen inútiles como resultado de un cambio de esa reglamentación. En este caso y por lo que se refiere a la nueva delimitación en sí misma considerada el propietario tiene el deber jurídico de soportarla, sin embargo, no puede decirse lo mismo de los daños colaterales que conforme a ella se han provocado, es decir, respecto de los gastos que realizó en la confianza legítima en el sistema entonces vigente, siendo ese principio el que da cobertura a supuestos como éste[38]. Principio que ha sido elaborado por el TJCE[39] –tomado por éste del modelo alemán[40]–. Igualmente cabe destacar en esta línea el término "expectativa o esperanza legítima" empleado por el TEDH[41].

Y tal y como ha reconocido el TS e incluso el TC –de forma un tanto indirecta por vía de la cuestión de inconstitucionalidad–, pues al igual que ya se ha señalado respecto a las expropiaciones legislativas, hay que tener en cuenta que dichas medidas pueden venir en

(38) A este respecto resulta de máximo interés el trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 37-65.

(39) Resulta también interesante conocer la postura del TJCE en cuanto a la responsabilidad de la Unión Europea por actos normativos, postura que es restrictiva y que opta por la necesidad de equilibrio, tal y como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ GARCÍA, Mª.Y., "El régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea: Condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 171, abril 1999, año XV, págs. 9-29. También en cuanto a la postura de este Tribunal en materia de responsabilidad resulta interesante el trabajo de SIMON, D., "Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille?", *AJDA*, 20 avril 1993, págs. 235-243.

(40) En cuanto a este principio en general véanse, entre otros, GRABITZ, E., "Vertrauensschutz als Freiheitsschutz", *DVBl*, 1973, págs. 675-684; KISKER, G., "Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht", *VVDStRL*, 1974, págs. 149-225; OSSENBÜHL, F., "Vertrauensschutz im sozialen Rechstaat", *DöV*, 1972, págs. 25-36; SCHMIDT, K., "Die Vertrauensschutzrechtsprechung des BvwGE und das BVGE", *DöV*, 1972, págs. 36-41; GERN, A., "Die Ermessensreduzierung auf Null", *DVBl*, 1987, págs. 1194-1199, y en relación con la propiedad en concreto véase, entre otros, DEPENHEUER, O., "Artículo 14", in *Kommentar zum Grundgesetz*, Verlag Franz Vahlen, München, 2005, págs. 1369-1370.

(41) Por ejemplo, en la STEDH de 6 de octubre de 2005 (Ar. 104), caso *Draon* contra *Francia*, en la que afirma respecto a la expectativa legítima que no es suficiente la existencia de un litigio real o una pretensión defendible, sino que sólo se considera valor patrimonial cuando tiene una base jurídica suficiente en Derecho interno, así en este caso se considera que hay vulneración del derecho de propiedad por derogación retroactiva de ley que preveía indemnizaciones para los padres de niños con minusvalías que no habían sido detectadas por error en el diagnóstico prenatal, por entender que el carácter retroactivo es desproporcionado y vulnera una esperanza legítima de obtener la indemnización pues el hecho se produjo durante la vigencia de la citada Ley, más tarde derogada. También este término es usado en la STEDH de 11 de octubre de 2005 (Ar. 106), caso *Anheuser-Busch Inc.* contra *Portugal*, aunque en este caso se entiende que no hay vulneración del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH por denegación de registro de marca por tratarse de un ingreso futuro que no constituye un bien protegible ni una expectativa legítima jurídicamente protegible, en relación con esta sentencia véase el comentario realizado por BOUZZA ARIÑO, O., "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *RAP*, núm. 169, 2006, págs. 244-245. Y ya con anterioridad en las SSTEDH de 29 de noviembre de 1991 (Ar. 57), caso *Pine Valley Developments Ltd y otros* contra *Irland*, de 20 de noviembre de 1995 (Ar. 45), caso *Presos Compañía Naviera, SA y otros* contra *Bélgica*, de 23 de octubre de 1997 (Ar. 89), caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Society y Yorkshire Building Society* contra *Reino Unido*, de 5 de enero de 2000 (Ar. 1), caso *Beyeler* contra *Italia*, de 19 de junio de 2001 (Ar. 401), caso *Zwierzynski* contra *Polonia*, de 12 de julio de 2001 (Ar. 464), caso *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein* contra *Alemania*, de 16 de abril de 2002 (Ar. 22), caso *SA Dangeville* contra *Francia*, de 18 de abril de 2002 (Ar. 159405), caso *Ouzonis y otros* contra *Grecia*, de 24 de septiembre de 2002 (Ar. 51), caso *Mosteanu y otros* contra *Rumanía*, de 26 de noviembre de 2002 (Ar. 48551), caso *Mosteanu y otros* contra *Rumanía*, de 3 de diciembre de 2002 (Ar. 50517/2003), caso *Linder y Hammermayer* contra *Rumanía*, de 3 de diciembre de 2002 (Ar. 50521/2003), caso *S.* contra *Rumanía*, de 22 de julio de 2003 (Ar. 47), caso *Cabinet Diot y SA Gras Savoye* contra *Francia*, de 22 de enero de 2004 (Ar. 5), caso *Jahn y otros* contra *Alemania*, de 27 de mayo de 2004 (Ar. 37), caso *OGIS-Instituto Stanislas, OGEC St. Pie X y Blanche de Castille y otros* contra *Francia*, de 28 de septiembre de 2004 (Ar. 62), caso *Kopecký* contra *Eslovaquia*, de 30 de noviembre de 2004 (Ar. 93), caso *Öneryildiz* contra *Turquía*, de 1 de febrero de 2005 (Ar. 8), caso *Beller* contra *Polonia*, de 7 de abril de 2005 (Ar. 167172), caso *Dragne y otros* contra *Rumanía*.

forma de Ley, lo que introduce la responsabilidad del Estado legislador y todas las dudas que en torno a ésta existen[42].

En efecto, son varias las ocasiones en las que ambos Tribunales han tenido ocasión de manifestar su postura en relación con temas como el de la diferenciación entre delimitación de derechos y responsabilidad, la posibilidad o no de indemnizar los daños causados como consecuencia de la innovación del ordenamiento o la debatida responsabilidad del Estado legislador.

Destacando especialmente aquellos casos en que se trata de la restricción del derecho de propiedad como resultado de leyes autonómicas que declaran espacios naturales protegidos, y en los que el TC ha venido a ratificar la idea aquí expuesta de que la delimitación del derecho de propiedad que por su función social restrinja las posibilidades de uso no es indemnizable, al entender que tales leyes autonómicas no son inconstitucionales por no prever dicha compensación.

Sin embargo, a mi juicio, incurre en cierta contradicción, al afirmar –acto seguido– que en tales hipótesis cabe acudir a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial, pues realmente y conforme a éstas no cabría indemnización[43] por existir el deber jurídico de soportar esa delimitación –como él mismo afirma previamente–, a salvo de daños colaterales como los gastos o inversiones frustradas por el cambio de regulación que sí encajan en el concepto de lesión indemnizable, y que por otra parte en muchas de las ocasiones en que tanto el TC –siguiendo su propia doctrina de la responsabilidad del Estado legislador– y el TS han admitido la indemnización ha sido en relación a ellos.

No obstante, hay que destacar que lo interesante a efectos de este trabajo es que no sólo la expropiación forzosa debe dar lugar a indemnización, así como cuando la medida no es legítima o aun siéndolo produce perjuicios adyacentes puede compensarse el daño por medio de la responsabilidad patrimonial, sino también la delimitación de derechos ajustada a la CE y a la Ley en determinados supuestos es merecedora de cierta compensación.

Así y aunque de acuerdo a la configuración que de este derecho ha hecho el TC no cabría indemnización por la fijación de su contenido, lo cierto es que esta regla general encuentra importantes excepciones en la práctica; siendo principios como el de proporcionalidad, confianza legítima, o especialmente el de igualdad ante las cargas públicas, y que el legislador en esa delimitación ha de tener presentes, los que en algún caso pueden justificar esa compensación.

(42) Destaca a este respecto la STC 28/1997 y aplicada por el TS en la sentencia de la que traía causa –la de 17 de febrero de 1998 (Ar. 1677)–.

(43) Así y como ha señalado el profesor MENÉNDEZ REXACH, A., "Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 200, 2003, pág. 181, en relación con la jurisprudencia del TS en aplicación de la doctrina del TC y, especialmente, de la STC 28/1997, "aunque se pueda compartir el objetivo de indemnizar a quienes resulten perjudicados en sus bienes y derechos por causa de interés general, la argumentación es rechazable, en cuanto difumina casi por completo los perfiles de la expropiación y la responsabilidad patrimonial, configurando a ésta como una especie de remedio subsidiario para cubrir daños cuya indemnización no garantiza la expropiación".

Sin embargo, en nuestro ordenamiento tales hipótesis aun siendo previstas como lo son en varias leyes –como se verá entre ellas la Ley 4/1989 de Conservación de la Naturaleza, Flora y Fauna Silvestre o la Ley 8/2007, de Suelo– no siempre cuentan con una figura que las justifique, pues cuando no se trata de una expropiación, ni cabe la calificación como responsabilidad patrimonial al existir el deber jurídico de soportar, esa delimitación legítima y proporcionada no sería indemnizable pues la función social y sus posibles consecuencias forman parte del propio derecho de propiedad.

Por el contrario, y precisamente en el sistema seguido por el nuestro a la hora de proceder al reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y su función social, es decir, el alemán, existe una figura intermedia que da cabida a esta posibilidad, se trata de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* o "delimitación del derecho de propiedad con indemnización"[44], que se ha consolidado a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de julio de 1981 (*Pflichtexemplar*) y que representa una excepción a la regla general de la no indemnización por la fijación del contenido de derechos, tal y como han señalado entre otros autores alemanes de relevancia OSSENBÜHL o MAURER[45]. Y de ahí la conveniencia de acudir a este sistema –justificada además en ser el que ha inspirado el artículo 33 de nuestra CE– para buscar soluciones al problema señalado, es decir, para dar cobertura a esas posibles indemnizaciones.

LA REGLA GENERAL DE NO INDEMNIZACIÓN POR LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD ENCUENTRA RECONOCIMIENTO EXPRESO EN LA ESFERA URBANÍSTICA

III. LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

A) La Ley española 8/2007 de Suelo

Así, y una vez que desde el plano teórico se deslindan estas tres figuras y queda claro que la regla general es que la delimitación del derecho de propiedad cuyo ejercicio puede verse

(44) En cuanto a esta figura véanse, entre otros, NOLDEN, F., *Die ausgleichspflichtige Inhalts– und Schrankenbestimmung des Eigentums am Beispiel des Naturschutzrechts: Bestandsaufnahme einer Rechtsfigur unter besonderer Berücksichtigung des Schleswig-Holsteinischen Landesnaturschutzgesetzes* (Inauguraldissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel), Universität Kiel, 1997; STEINMETZ, B., *Die Bedeutung der ausgleichspflichtigen Bestimmung des Eigentums im öffentlichen Nachbarrecht* (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln), Universität Köln, 1999; KISCHEL, U., "Wann ist die Inhaltsbestimmung ausgleichspflichtig?", *JZ*, 58. Jahrgang, juni 2003, págs. 604 y siguientes; KLEINLEIN, K., "Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung –eine Alternative zur Enteignung?", *DVBl*, 106 Jahrgang, 1. April 1991, págs. 365-375; MAURER, H., "Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichspflichtige", *DVBl*, 106 Jahrgang, 1. August 1991, págs. 781-786, y ESCHENBACH, J., "Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung", *JURA*, 20. Jahrgang, 1998, págs. 401-403.

(45) MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004, págs. 741-746, y OSSENBÜHL, F., *Staatshaftungsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1998, págs. 181-194.

condicionado por su función social no es indemnizable como consecuencia de su propia definición, pero también que se prevén excepciones, y sin perder de vista la especialidad de las delimitaciones sobrevenidas, la importancia de todo ello se comprueba en las consecuencias prácticas de la realidad diaria. Y aunque son muchos los ámbitos en que se halla plasmación de lo expuesto dos de ellos sirven de clara muestra: el urbanístico y el de los espacios naturales.

En efecto, la regla general de no indemnización por la delimitación del derecho de propiedad –que es lógica y coherente con el propio concepto de derecho de propiedad–, encuentra reconocimiento expreso en la esfera urbanística, y no sólo en nuestro sistema sino también en países de nuestro entorno dignos de mención, como el francés y el alemán.

Sin embargo, también en todos ellos se han previsto excepciones a ese principio general, como son los supuestos indemnizatorios de la Ley de Suelo española[46], las *servitudes d'urbanisme*[47] del *Code d'urbanisme* francés y la indemnización por perjuicios irrogados como consecuencia de la planificación del *Baugesetzbuch* alemán[48]. La justificación o encaje en una u otra de las figuras expuestas depende de la extensión y configuración que de éstas tiene cada uno de los citados ordenamientos, sin embargo, la finalidad viene a ser la misma: la compensación por la privación o restricción de derechos adquiridos, la indemnización de cargas singulares e igualmente de las inversiones frustradas, lo que pone de relieve la necesidad sentida en nuestro ordenamiento y en los de nuestro entorno de dar cobertura a estas excepciones.

Por lo que a nuestro sistema se refiere, la citada regla general de no indemnización se encuentra en el artículo 3 de la reciente Ley la 8/2007 de Suelo, de 28 de mayo, aunque éste ya hace mención a posibles excepciones (artículo 30), y que cuenta con algún precedente en que se hacía alusión expresa a que dichas restricciones no son otra cosa que la consecuencia de la propia fijación del contenido del derecho de propiedad por su función social, como el artículo 87 de la Ley de 1976[49].

(46) En relación con los supuestos indemnizatorios en urbanismo véanse, entre otros, MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, y del mismo autor *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid, 2005; o PAREJO ALFONSO, L., *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración (La alteración del planeamiento, la vinculación singular y la anulación de licencias)*, IEAL, Madrid, 1982.

(47) Respecto a la noción de *servitudes d'urbanisme*, véase la tesis de DROBENKO, B., *Les servitudes d'urbanisme. Contribution a l'elaboration de la notion en Droit français*, Limoges, 1990.

(48) Pues, en efecto, el sistema alemán al igual que el español parte de que el contenido concreto del derecho de propiedad lo fija el legislador, si bien con límites; así los usos en materia de urbanismo se establecen en los §§ 34 y 35, tal y como recuerda el Tribunal Administrativo Federal en su Sentencia de 27 de enero de 2005, que puede consultarse en *BauR*, 36. Jahrgang, Heft 6, 2005, págs. 987-992.

(49) El citado artículo 87.1 establecía que "La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley".

No obstante, con anterioridad a la exposición de los distintos supuestos indemnizatorios es preciso hacer alguna breve mención a las novedades más relevantes de la reciente Ley de Suelo de 2007 a este respecto, y cuya Exposición de Motivos hace ya alguna precisión de interés, si bien también adelanta que en esta materia sigue básicamente la estela de la Ley de 1998.

Así, destaca la distinción que en ella se hace entre aquellos casos en los que se impida participar en la ejecución de una actuación de urbanización o se alteren las condiciones de ésta, en los que lo que se valora es la privación de la facultad urbanística en sí misma considerada, de aquellos otros en que la indemnización se refiere a los gastos e inversiones frustradas, en cuyo caso se tiene en cuenta además una prima por el riesgo asumido.

Igualmente la citada Exposición de Motivos aclara que se persigue con ello sin valorar expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo, retribuir e incentivar la actividad urbanizadora o edificatoria emprendida en cumplimiento de aquélla y de la función social de la propiedad, si bien todas estas interesantes precisiones las hace en el apartado referido al Título III, es decir, el de las valoraciones y no en cuanto al Título IV que es donde se recogen los supuestos indemnizatorios.

De otro lado, y ya en su articulado la nueva Ley alude de forma genérica a la modificación de la ordenación territorial o urbanística en lugar de referirse, como lo hacía la Ley de 1998, a los Planes urbanísticos, si bien es cierto que la alteración de éstos puede tener muy diversas causas.

No obstante, queda por señalar otras tres cuestiones destacadas de esta nueva regulación: en primer lugar, si con anterioridad los supuestos indemnizatorios se recogían en los artículos 41 a 44 de la Ley del Suelo de 1998, hoy se prevén en un único precepto, el artículo 30, lo cual teniendo en cuenta, como seguidamente se verá, las diferencias existentes entre los distintos supuestos, es una opción perfectamente viable, pero a mi juicio no la más adecuada; lo que parece más incomprensible aun es que precisamente y tras la distinción hecha en la Exposición de Motivos –y ya mencionada– no se incluyan dentro de los supuestos indemnizatorios del artículo 30 los gastos que devienen inútiles, que, sin embargo, sí se mencionan en el artículo 25, dentro por tanto nuevamente del Título dedicado a las valoraciones y afectos de precisar cómo se calculan aquéllos, y también en los artículos 6.b) y 11.4 en relación a supuestos concretos.

Finalmente, señalar que el artículo 30 se incluye en el Título IV denominado "Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial", que comprende los artículos 28 a 30, y dado que los dos primeros están dedicados a la expropiación se deduce que los supuestos indemnizatorios del artículo 30 se califican como responsabilidad, frente a la Ley de 1998 que a salvo del artículo 44 no hacía referencia alguna a ésta e incluso el artículo 42 se remitía a la LEF y el TC que en la Sentencia 164/2001, relativa a dicha Ley, dice que es a la doctrina a quien corresponde analizar si son supuestos de responsabilidad o de expropiación.

Esta calificación que además parece confirmarse en varios preceptos, comenzando por el propio artículo 30, al hacer referencia a la indemnización de "las lesiones en los bienes y derechos", lo que sin duda recuerda al objeto de la responsabilidad patrimonial, no es compartida en este trabajo al menos respecto de todos los supuestos, por las razones que seguidamente serán expuestas.

Es imprescindible empezar entendiendo que no todos los supuestos indemnizatorios de la Ley de Suelo son reconducibles a un mismo tipo, ni siquiera a un mismo fundamento. Así, en primer lugar, se prevé la indemnización por alteración sobrevenida de la ordenación territorial o urbanística[50]. En este caso el elemento clave es el de los derechos adquiridos, de tal modo que si tales facultades o derechos urbanísticos han sido patrimonializados parece oportuno que un atentado a ellos como consecuencia de un cambio de las condiciones sea indemnizado.

Éste es el supuesto al que cabe reconducir lo previsto en el artículo 30.a) y c) de la Ley de 2007, anteriormente en los artículos 41 y 42 de la Ley de 1998, y distinguiendo entre uno y otro caso en función de que exista o no título administrativo habilitante de obras o actividades. No obstante, la indemnización sólo cubre a quienes han adquirido los correspondientes derechos urbanísticos, por lo que la modificación tiene realmente alcance expropiatorio[51], y puede decirse que su fin es compensar a aquellos propietarios que han cumplido los deberes que impone el procedimiento urbanístico para adquirir ciertas facultades[52], como la de urbanizar o la de edificación, las cuales una vez que se han patrimonializado y pasado a incorporarse a su derecho de propiedad, no pueden llegar a ser ejercitadas, al menos en las condiciones iniciales, como consecuencia de un cambio en la reglamentación.

Esta opción parece además confirmarse en la propia Exposición de Motivos de la Ley, pues aunque esta norma califica todos los supuestos indemnizatorios como responsabilidad, precisa –como ya he dicho– que en estos casos lo que se valora a efectos de esa indemnización es la privación de dicha facultad urbanística en sí misma.

Otro supuesto distinto es el del artículo 30.b) de la Ley, en éste se hace eco del tema de las vinculaciones y limitaciones singulares propias del artículo 43 de la Ley del Suelo an-

(50) Entre otras sentencias en que se trata la posibilidad de indemnización por modificaciones en el planeamiento, véanse, SSTS de 30 de junio de 1980 (Ar. 3380), en que se considera improcedente, de 20 de mayo de 1986 (Ar. 3262), en la que además de admitir la indemnización, distingue entre la revisión y la modificación de un plan, de 24 de abril de 1992 (Ar. 3995), de 9 de febrero de 1999 (Ar. 1878), de 3 de marzo de 1999 (Ar. 2426), o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2003 (Ar. 73655).

(51) En esta línea y a pesar de calificarlos como responsabilidad, el profesor MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 146-147, advierte de su carácter cuasiexpropiatorio, de su mayor cercanía a la expropiación, aunque no cuestiona su consideración como responsabilidad.

(52) Tal y como ha expuesto acertadamente el profesor MENÉNDEZ REXACH, A., "Espagne: l'indemnité des servitudes d'urbanisme", *Droit et Ville*, núm. 48, 1999, pág. 101.

terior[53], previendo –al igual que hacía dicho precepto– dos hipótesis concretas. En primer lugar, que se excedan los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones[54], mientras la segunda hipótesis se refiere a que dichas vinculaciones y limitaciones singulares "lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa".

En este caso se trata, por tanto, de excluir, no tanto el deber jurídico de soportar esas obligaciones, pues éstas son legítimas y oportunas de acuerdo con el propio artículo 30.b), sino de excluir el deber jurídico de soportarlas sin indemnización, en otras palabras, de excepcionar la regla de no indemnizar las consecuencias negativas que pueda conllevar una correcta ordenación de la propiedad.

NO TODOS LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS DE LA LEY DEL SUELO SON RECONDUCIBLES A UN MISMO TIPO, NI SIQUIERA A UN MISMO FUNDAMENTO

En conclusión, el supuesto del artículo 30.b) parece encontrar su fundamento en el principio de igualdad[55] y el fin perseguido con éste es hacer razonable la carga singular del propietario, especialmente cuando no cabe su equidistribución, siendo, precisamente en este caso y especialmente en cuanto a la primera hipótesis, en el que mejor encaje tiene la figura intermedia alemana examinada[56], puesto que si el resto de casos se pueden encuadrar en nuestro sistema en la expropiación o en la responsabilidad, en éste, por los motivos expuestos, resulta más difícil.

En cuanto al último supuesto del artículo 30, es decir, el de la letra d), éste se refiere a la indemnización por "la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente". De tal modo que recoge el supuesto que hasta ahora estaba previsto en el artículo 44.2 de la Ley de 1998, que conforme a la postura mantenida en este trabajo –y ya hacía el antecedente citado– sí puede calificarse de res-

(53) En relación con los requisitos del artículo 43 de la Ley del Suelo de 1998, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 (recurso 4846/2003).

(54) En relación con el tema del deber de conservación, véase GIRALT FERNÁNDEZ, F., "Deber urbanístico de conservación de inmuebles y órdenes de ejecución de obras", *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 15 a 21 de enero de 2001, págs. 35-71.

(55) En esta misma línea BLASCO, A., "Supuestos indemnizatorios en la nueva Ley del Suelo de 1998", *DA*, núms. 252-253, 1999, pág. 380, señala que el fundamento de la indemnización no son los deberes de conservación que se prevén en la propia Ley anterior –artículo 19– sino en este caso su carácter singular que rompe el principio de igualdad.

(56) En efecto, como dice GELLERMANN, M., "La propiedad urbana en Alemania", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pág. 293, a través de esta figura la carga o gravamen que se le impone al propietario se torna razonable.

ponsabilidad patrimonial de la Administración e, incluso, del legislador, en este caso por funcionamiento anormal.

Finalmente, como ya he dicho, el actual artículo 30, dedicado a los supuestos indemnizatorios, no se hace eco expresamente de uno de los más claros casos de responsabilidad patrimonial, me refiero a los gastos que devienen inútiles como consecuencia de una modificación sobrevenida de las condiciones, supuesto que sí estaba recogido en el artículo 44.1 de la Ley anterior; lo cual resulta ciertamente extraño, pues precisamente el primer supuesto del que se hace eco la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley es la indemnización de esas inversiones acometidas, haciendo referencia además a la obtención de una prima razonable que retribuya el riesgo asumido.

Aunque sí se encuentra en otros preceptos como los artículos 6.b) y 11.4 y especialmente en el artículo 25 que titulado "Indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación" se integra en el Título dedicado a las valoraciones, y en el que se precisa que lo que se indemniza son los gastos de proyectos, los de las obras acometidas, los de financiación y promoción precisos para la ejecución de la actuación, así como las indemnizaciones pagadas.

Y todo ello incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo[57], que se trata de dos porcentajes que se aplican sobre el capital invertido y que tienen la función de estimar cuál es el beneficio económico que se podría derivar de tal inversión, incentivando de este modo y como la propia Exposición de Motivos advierte la actividad urbanizadora o edificatoria.

El fundamento de este supuesto es la protección de la confianza legítima que el propietario tiene en el ordenamiento vigente y su finalidad es la de indemnizar las inversiones que con base en esa confianza llevó a cabo el propietario y que como consecuencia de la modificación de esas normas devienen inútiles. De tal modo que no es más que el resultado de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso por funcionamiento normal o, incluso, del legislador.

B) Las *servitudes d'urbanisme* en Francia

En cuanto al sistema francés y teniendo en cuenta la amplitud dada al término *servitudes* en este sistema, destacan dos previsiones recogidas en el Código de urbanismo francés. En primer lugar, el artículo L.160-5 que, como ha señalado el profesor JEAN-BERNARD

(57) Aunque la Ley del Suelo de 1998 no hacía referencia a estos dos últimos, sí pueden encontrarse en la ya citada Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre Normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, a la que se acudía durante la vigencia de la Ley del Suelo anterior en ciertos casos para la valoración de bienes inmuebles; si bien dicha Orden sólo será de aplicación sobre criterios y método de cálculo de la valoración y en lo que sea compatible con la nueva Ley 8/2007, mientras no se desarrolle reglamentariamente lo dispuesto en ésta.

AUBY[58], recoge la regla general de no indemnización por las restricciones impuestas por la normativa urbanística[59] –al igual que nuestra Ley de Suelo–, sin embargo, admite también excepciones, a través de dos criterios.

El primero se refiere a los atentados a derechos adquiridos, respecto de los cuales la jurisprudencia ha optado por una concepción estricta de éstos, combinada con la noción de perjuicio directo, material y cierto, y no sin aludir también al carácter anormal y especial del perjuicio[60] –que se encuentra en toda situación de responsabilidad administrativa sin culpa fundada en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas[61]–, a pesar de todo ello sigue existiendo un importante debate en torno a su correcta calificación.

El otro criterio establecido por el citado precepto francés es la modificación del uso anterior de las cosas determinante de un daño directo, material y cierto, aunque éste ha carecido prácticamente de aplicabilidad, en gran medida como consecuencia de la regla tendente a garantizar cierta seguridad jurídica respecto de las normas de urbanismo, si bien y teniendo en cuenta que la vigencia de dicha regla se limita al mes de octubre del presente año la excepción señalada recobrará en ese momento toda su eficacia.

En concreto ésta, –que constituye el segundo precepto a destacar–, está recogida en el artículo L.315-8 del Código de urbanismo francés y se vincula con la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima, pues con la finalidad de evitar la incertidumbre que provocan en muchas ocasiones los cambios en las normas urbanísticas, se establece un plazo de cinco años a contar desde la terminación de una urbanización en el que no pueden ser denegados los permisos de construcción o imponerles prescripciones especiales sobre el fundamento de disposiciones de urbanismo que intervienen con posterioridad a la autorización de urbanización, ofreciendo así una cierta garantía de estabilidad, aunque, como ya se ha dicho, en relación con este supuesto concreto su vigencia se limita al próximo mes de octubre[62].

(58) AUBY, J.B., "Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du code de l'urbanisme (article L. 160-5 du Code de l'Urbanisme)", *Droit et Ville*, núm. 10, 1981, págs. 171-187 y del mismo autor "L'inconstructibilité", en *Un droit inviolable et sacré. la propriété*, ADEF, Paris, 1989, págs. 221-230.

(59) Para algún autor esta regla general de no indemnización por *servitudes d'urbanisme* encuentra justificación en que el urbanismo como actividad de interés general conlleva determinados inconvenientes que es obligatorio soportar, en relación con esta justificación, véase MODERNE, F., "Propiedad privada y urbanismo", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pág. 312; mientras que otros autores como CHAPUS, R., *Droit Administratif général*, vol. I, 14e éd., Montchrestien, Paris, 2000, pág. 1217, señalan como causa el excesivo esfuerzo financiero que de otro modo supondría para los poderes públicos hacer uso de dicha potestad urbanística.

(60) En cuanto a la exigencia de esas características del daño, véase FOMBEUR, P., "Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute", *AJDA*, 20 juillet-20 août 1999, spécial, págs. 100-102.

(61) Precisamente dentro de la responsabilidad sin culpa por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas DARCY, G., *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Paris, 1996, págs. 110-115, menciona la derivada de la acción normativa; y en general respecto del principio de igualdad y la propiedad en el Derecho francés VANDERNOOT, P., "La Cour d'arbitrage et le droit de propriété", *Administration Publique*, 1999, T. 3, en especial págs. 202 y siguientes.

(62) En efecto, a través de artículo 22 de la Ordenanza núm. 2005-1527, de 8 de diciembre de 2005, *Ordenance relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme*, prevé la derogación del artículo L.315-8 del *Code de l'urbanisme* a partir de la citada fecha que es precisamente en la que entrará en vigor dicha Ordenanza.

Finalmente, el Consejo de Estado en resoluciones como el *arrêt* de 3 de julio de 1998 y haciéndose eco de la doctrina del TEDH, admite igualmente la indemnización cuando el propietario soporta una carga especial y exorbitante, que resulta desproporcionada al fin perseguido, pues en tal caso no cabe aplicar el principio de no indemnización, porque como se sostiene en este trabajo y así parece entenderlo el prestigioso órgano francés, la medida no es legítima y por tanto se trata de un supuesto distinto a los del citado artículo L.160-5 del Código de urbanismo[63].

C) La indemnización por perjuicios irrogados de la planificación: los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch* alemán

Igualmente, cabe hacer mención a la opción alemana. Así el sistema alemán se hace eco de supuestos muy parecidos a los españoles en los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch*, dándoles una solución en cierto modo parecida a la que aquí se propone para algunos supuestos indemnizatorios de nuestra Ley de Suelo; aunque sin perder de vista las diferencias existentes entre los dos sistemas respecto de las instituciones estudiadas y, muy especialmente, la responsabilidad patrimonial, en cuya formación en Alemania han tenido gran peso las decisiones jurisprudenciales[64] –algunas ya comentadas aquí–.

En concreto, en los preceptos citados del Código de urbanismo alemán se prevén los supuestos indemnizatorios por perjuicios irrogados como consecuencia de la planificación, distinguiéndose –al igual que en nuestro sistema– varios tipos de casos: en primer lugar, la indemnización a personas de buena fe por los gastos realizados, es decir, de forma similar al artículo 25 de la Ley española de 2007, se trata de dar cobertura a las inversiones realizadas en la confianza legítima en el sistema vigente –§ 39–[65].

De otro lado, en los §§ 40 y 41 se regula la indemnización por las determinaciones perjudiciales de las medidas de planificación[66], como las superficies destinadas a necesidades públicas, cargas y contratiempos contenidos en el plan, lo que podría responder, al igual que el artículo 30.b) de nuestra vigente Ley de Suelo, a las cargas singulares que merecen ser compensadas con base en el principio de igualdad y más concretamente de distribución equitativa de cargas. Y finalmente, en el § 42 se prevé la indemnización por la supresión o modificación de una utilización lícita[67], siempre que cumpla con determi-

(63) Tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su *arrêt* de 3 de julio de 1998 (núm. 158592). A este respecto, véase también ABRAHAM, R., "La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", *RFDA*, núm. 6, 1998, pág. 1245, y BÉCHILLON, D., "Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. À propos de l'arrêt *Bitouzet* ", *RFDA*, juill.-août 1999, págs. 841-847.

(64) Como ha señalado el profesor EMBID IRUJO, A., "La codificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: el ejemplo de la Ley Alemana de 26 de junio de 1981", *REDA*, núm. 34, 1982.

(65) Así lo pone de manifiesto BÜCHS, H., *Handbuch des Eigentums- und Entschädigungsrecht*, Dritte neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, 1996, pág. 1761, y el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 28 de octubre de 2004, publicada en *BauR*, 36. Jahrgang, Heft 4, 2005, págs. 686-687.

(66) Así lo ha entendido DAVID, C.-H., "Allemagne: l'indemnisation des servitudes d'urbanisme", *Droit et Ville*, núm. 48, 1999, pág. 29.

(67) A este respecto, véase JÄDE, H., DIRNBERGER, F. und WEISS, J., *Baugesetzbuch Baunutzungsverordnung*, 4. überarbeitete Auflage, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005, pág. 567.

nados requisitos y realmente se hiciese uso de esa facultad, lo que recuerda a los supuestos de las letras a) y c) del artículo 30 de la Ley española de 2007.

No obstante, con el fin de comprender en sus justos términos estos supuestos es necesario entender que el sistema alemán al igual que el francés y el español parte de la regla general de no indemnización por la delimitación del derecho de propiedad, permitiendo un gran margen de maniobra a la Administración en materia de planificación urbanística[68].

Sin embargo, en Alemania se distingue entre la denominada expropiación clásica –regulada en los §§ 85 y siguientes del *Baugesetzbuch*–, que podría entenderse como privación de bienes y derechos, incluido, especialmente, el de la propiedad, de aquellas otras medidas que, como las recogidas en los §§ 39 y siguientes del *Baugesetzbuch*, aunque son realmente delimitaciones del contenido del derecho de propiedad tienen efectos expropiatorios, pues se afecta a derechos adquiridos como el de edificar y por ello dan lugar a indemnización[69].

EL SISTEMA ALEMÁN, AL IGUAL QUE EL FRANCÉS Y EL ESPAÑOL, PARTE DE LA REGLA GENERAL DE NO INDEMNIZAR POR LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD

Finalmente señalar que de este modo, para exceptuar la regla general de no indemnizar por la delimitación del derecho de propiedad en estos casos el Tribunal Constitucional Federal alemán y la doctrina han admitido la figura intermedia de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, expuesta con anterioridad y aplicada ahora para justificar determinadas indemnizaciones en el ámbito urbanístico[70].

En conclusión en relación con el urbanismo, de todo lo expuesto cabe afirmar que el problema de la posibilidad de indemnizar determinadas restricciones es común a los tres sistemas estudiados: español, francés y alemán, y que, a pesar de las diferencias existentes entre ellos, los tres deciden compensar estos supuestos, excepcionando así la regla de no indemniza-

(68) Respecto a la fijación de usos del derecho de propiedad en el ámbito urbanístico, véanse, entre otras sentencias del *BundesVerfassungsgericht*, las de 24 de enero de 2007, 1 BvR 383/05, Absatz-Nr. (1 - 34), (http://www.bverfg.de/), y de 24 de enero de 2007, 1 BvR 384/05, Absatz-Nr. (1 - 35), (http://www.bverfg.de/).

(69) En relación con la expropiación en el sistema alemán, véanse, entre otros, VON BRÜNNECK, A., *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1984, págs. 400 y siguientes; FERCK, C., *Die Bemessung der Entschädigung gemäß Artikel 14 Absatz 3 Satz 3 Grundgesetz bei Enteignungseingriffen in Gewerbebetriebe (Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Wirtschafts– und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg)*, Tage der mündlichen Prüfung: 22 und 26 juni 1972, Hamburg, 1972, especialmente por lo que al justiprecio se refiere; también en cuanto al tema indemnizatorio y la expropiación resulta interesante el trabajo de GELZER, K. und BUSSE, F., *Der Umfang des Entschädigungsanspruchs aus Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, Verlag C. H. Beck, München, 1980.

(70) Tal y como propone también BATTIS, U., "Zweiter Abschnitt: Entschädigung" in *Baugesetzbuch –BauGB–*, in *Baugesetzbuch –BauGB–*, Neuente Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2005, pág. 674.

ción por delimitación del derecho de propiedad que sin duda es el punto de partida de todos ellos y que deriva de la concepción misma de este derecho.

De tal modo que se trata de una necesidad sentida y necesitada de justificación. Y precisamente, por lo que se refiere al fundamento de los distintos supuestos cabe recordar que en el caso alemán se opta por la figura intermedia, es decir, la delimitación del derecho de propiedad con indemnización por su carácter expropiatorio –la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*–; que en España y a pesar de la inclinación por su consideración como responsabilidad patrimonial, hoy ratificada por la nueva Ley de Suelo de 2007, en este trabajo se sostiene que los supuestos de alteración de la ordenación territorial o urbanística de las letras a) y c) del artículo 30 son auténticas expropiaciones de derechos urbanísticos adquiridos, que la indemnización por los gastos e inversiones que devienen inútiles del artículo 25 encaja en la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración basada en el principio de protección de la confianza legítima, mientras que la anulación, la denegación injustificada o el retraso en el otorgamiento de títulos administrativos habilitantes del artículo 30.d) responde a la responsabilidad por funcionamiento anormal, y que, finalmente, el supuesto de la imposición de cargas especiales del artículo 30.b) se basa en el principio de igualdad, concretado en el ámbito urbanístico en la distribución equitativa de cargas y beneficios.

Mientras que en el Código de urbanismo francés se exige que la medida atente a derechos adquiridos, a lo que el Consejo de Estado –en una visión restrictiva– añade que se cause un daño material, objetivo y cierto y que la carga sea excepcional o anormal, lo que para una parte importante de la doctrina hace que se pueda acudir a la responsabilidad sin culpa de la Administración basada en el principio de igualdad, si bien se trata aún de tema no exento de debate.

De otro lado, no debe olvidarse que la obligación de indemnizar como consecuencia de una medida desproporcionada, tal y como ha sido configurada por el TEDH, responde a otra cuestión, pues ya no se está ante una delimitación del derecho de propiedad que excepcionalmente pueda dar lugar a indemnización con base en los argumentos expuestos, sino que se trata de la compensación por los poderes públicos de la imposición de una delimitación ilegítima como consecuencia de la desproporción existente entre la medida en sí misma considerada y el fin perseguido con ella. Para este último supuesto el sistema español cuenta con la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración y si se trata de una ley con la responsabilidad del Estado legislador; en el modelo francés se enmarca en la responsabilidad con culpa de la Administración y, finalmente, en el alemán existe otra figura intermedia, la *rechtswidrige Beeinträchtigung*[71], que precisamente permite la indemnización ante actuaciones antijurídicas de la Administración que afectan a la propiedad.

(71) Respecto a esta figura, es decir, a la intromisión o perjuicios ilegítimos, véase, entre otros, RÜFNER, W., "Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen", in *Allgemeines Verwaltungsrecht* [ERICHSEN, H.-U. und EHLERS, D. (Hrsg.)], 12. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2002, pág. 747, donde el autor además trata esta figura en relación con el sacrificio especial; o SCHMIDT, R., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, Grasberg bei Bremen, Bremen, 2005, págs. 469 y siguientes.

IV. LA POSIBILIDAD DE COMPENSAR CIERTAS RESTRICCIONES IMPUESTAS A LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El problema de las restricciones al derecho de propiedad se encuentra del mismo modo en otros ámbitos, incluso fuertemente relacionados con el urbanístico, como es el de los espacios naturales. En este campo no cabe duda de que la función social que cumplen éstos –especialmente por su contribución ecológica– y que se encuentra amparada en el propio artículo 45 de la CE[72], implica importantes restricciones en su uso[73]. Y también parece lógico que en alguno de estos casos la regla general de no indemnización por delimitación del derecho de propiedad encuentre excepciones, amparadas, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad, confianza legítima o en el de igualdad, ya que en muchos casos se trata de cargas singulares, y siendo igualmente aplicables las reflexiones expuestas con anterioridad en materia urbanística.

Además en este ámbito es preciso tener en cuenta las importantes competencias que ostentan las CCAA, siendo así que sólo en algunos casos las normas autonómicas han decidido compensar dichas limitaciones, optando por la responsabilidad o sin calificar de ninguna manera las correspondientes indemnizaciones, e incluso encubiertas en medidas de fomento, lo que también se conoce como indemnización indirecta y de cuya adecuación se duda en este trabajo o, como es el caso de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Aragón de espacios naturales protegidos, remitiéndose a las reglas de la LEF; lo que provoca un tratamiento diferente entre las Comunidades Autónomas.

Asimismo debe recordarse que el TC a este respecto ha entendido que aquellas normas autonómicas que no prevén indemnización no son inconstitucionales[74], pero también que se puede acudir a las normas generales de la responsabilidad, aunque, como ya he dicho, el principal problema viene aquí de la incompatibilidad de dicha figura con la delimitación del derecho de propiedad, al existir en este caso deber jurídico de soportar –a

(72) En cuanto a la posibilidad de intervención de la Administración que habilita el citado precepto en materia medioambiental, véase DOMPER FERRANDO, J., "Las competencias de las Entidades Locales en materia de medio ambiente", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 252, 1991.

(73) Como ejemplos del modo en que condiciona el derecho de propiedad la función social de este tipo de bienes véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2005 (Ar. 141), en la que se exige proporcionalidad y justificación a la hora de limitar el derecho de propiedad por protección de espacios naturales; del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2005 (Ar. 82412), en la que en relación con la limitación y reordenación de usos por razones ecológicas y paisajísticas se exige para poder dar lugar a indemnización dos requisitos: que se trate de derechos efectivamente patrimonializados y que se produzca un daño efectivo, actual y cuantificable económicamente; del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de febrero de 2005 (Ar. 193474), en la que se explica la diferencia entre la expropiación y la delimitación de la propiedad por PORN que entiende no conlleva, al menos, en el caso concreto indemnización; del Tribunal de Justicia de Aragón de 11 de marzo de 2005 (Ar. 198526), en la que se habla de la modificación de la clasificación del suelo por su valor paisajístico, pasando a no urbanizable para su protección; del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de abril de 2005 (Ar. 166899), respecto de la potestad discrecional de la Administración en la determinación de zonas húmedas; del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2005 (Ar. 163429), en la que se pone de manifiesto la relación existente entre el artículo 45 y el artículo 33 de la CE; del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de mayo de 2005 (Ar. 212135), en cuanto a la protección de espacios naturales; la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de julio de 2005 (Ar. 213642), en que se trata la interconexión no sólo entre urbanismo y medio ambiente sino también con el sector minero, o la del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2005 (Ar. 185026), en la que se analiza la posibilidad de indemnizar por pérdida o prohibición de aprovechamiento de terrenos sometidos al Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de Doñana.

(74) Especialmente la ya mencionada STC 28/1997.

excepción de los daños colaterales–, salvo que se entendiese que éste puede ser exceptuado por la ley en determinados casos, lo cual conlleva el problema de que el legislador –en este caso autonómico– pueda alterar por esta vía el propio concepto elaborado por el TC del derecho de propiedad[75] y su función social e incluso que desvirtúe el ámbito mismo de instituciones como la expropiación y la responsabilidad patrimonial.

Por lo que se refiere a los otros dos sistemas estudiados, al igual que en materia urbanística, en el sistema alemán se da cobertura a estos supuestos a través de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, que precisamente es en este ámbito, el propio del Derecho de protección de la naturaleza, así como el de la conservación del patrimonio artístico, donde la institución estudiada tiene su aplicación principal[76].

Y en cuanto al ordenamiento francés, en primer lugar, cabe advertir que a lo largo de todo el Código de medio ambiente son muchos los preceptos en que se determina la indemnización como consecuencia de la imposición de servidumbres de utilidad pública –recuérdese la mayor amplitud del concepto de esta figura en Francia–, y de otro, que siguiendo un criterio prácticamente idéntico a uno de los ya examinados en el ámbito urbanístico –el de que se produzca una modificación del estado o uso anterior de los lugares causando un perjuicio directo, material y cierto–, se establece la posibilidad de que se otorgue indemnización al propietario de terrenos que sean clasificados con determinadas categorías especiales que requieren una mayor protección[77], como es el caso de los parques nacionales[78], de las reservas integrales[79], de los monumentos naturales o espacios naturales[80].

También resulta curiosa la previsión que se hace para algún supuesto, concretamente para los de monumento o espacio protegido, respecto a la posibilidad de exigir la restitución

(75) Como ya se ha advertido con anterioridad y así lo han manifestado autores como DÍAZ OTERO, A., "Privacidade e accesibilidade social da propiedade", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1996, vol.5 (2), pág. 72, la falta de concreción del artículo 33.2 de la CE no puede hacernos concluir que el concepto de función social de la propiedad quede en manos del legislador.

(76) Respecto de la aplicación de esta figura a este ámbito y, en general, a las restricciones de aprovechamientos por causas medioambientales véase, entre otros, SELLMANN, Ch., *Nutzungsbeschränkungen zugunsten der Umwelt und eigentumsrechtlich gebotener Ausgleich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, en especial las págs. 71 y siguientes. En relación con la aplicación en éste y otros sectores, véase también HÖTZEL, H.-J., "Zur Fortenwicklung und Angleichung des Rechts der ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums im Naturschutz- und Wasserhaushaltsrecht", *AgrarR*, 1995, págs. 43 y siguientes.

(77) En relación con la clasificación de estas diversas zonas, véanse PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, 5e éd., Dalloz, Paris, 2004, págs. 455-477, y ROMI, R., *Droit et administration de l'environnement*, 5e éd., Montchrestien, Paris, 2004, especialmente por lo que se refiere a los parques naturales regionales, págs. 259-266, entre otros.

(78) Respecto a la indemnización en caso de tratarse de parques nacionales, véase el artículo L. 331-17 del Código de medio ambiente, modificado por la Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 *relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux et liens vers les décrets d'application*.

(79) En este caso la existencia de indemnización está prevista en el artículo L. 332-5 del Código de medio ambiente.

(80) La posibilidad de indemnización respecto a la clasificación de monumentos naturales o espacios naturales se encuentra en el artículo L. 341-6 del Código de medio ambiente.

de la indemnización cuando se produzca la desclasificación como tal[81], lo que entra en cierto modo en relación con una idea que se plantea en este trabajo, me refiero a que no es lo mismo una posible restricción de uso impuesta por la configuración que de una determinada categoría de bienes hace una ley, con vocación de permanencia y generalidad, que cuando tal limitación proviene de la calificación que en un instrumento de planeamiento se da a un terreno concreto y que puede, como consecuencia de una modificación o de la aprobación de un nuevo plan, volver a adquirir la calificación y correspondientes usos de los que gozaba anteriormente.

De tal modo que no parece quedar duda respecto de los espacios naturales protegidos de que los supuestos en que en el sistema español se plantea alguna posibilidad de indemnización, son considerados merecedores de ésta en el modelo francés, pero con mayor amplitud y a través de reglas e instituciones generales que amparan a la generalidad de situaciones equiparables, como ocurre también en Alemania y frente a las diferentes soluciones que las leyes autonómicas han dado al problema en el nuestro.

EL PASO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL HA IMPLICADO UN CAMBIO EN EL CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD, QUE HA DEJADO DE SER ABSOLUTO, PARA INTEGRAR EN ÉL LA FUNCIÓN SOCIAL

V. CONCLUSIÓN

Así y a través de lo expuesto cabe llegar a una serie de conclusiones. En primer lugar, que el paso del Estado Liberal al Estado Social ha implicado igualmente un cambio en el concepto del derecho de propiedad que ha dejado de ser absoluto para integrar en él la función social.

Si en la difícil separación entre la delimitación del derecho de propiedad y la expropiación forzosa el único criterio válido es el contenido esencial, por lo que se refiere a la responsabilidad, ésta resulta en principio incompatible con la función social de la propiedad; pues al ser la función social parte del derecho no cabe indemnizar las restricciones provenientes de ella dado el deber jurídico de soportar la fijación normal de su contenido, que es precisamente lo que la hace incompatible con la responsabilidad patrimonial por faltar su presupuesto básico: la antijuridicidad del daño.

(81) Posibilidad que se prevé en el artículo L. 341-13 del Código de medio ambiente, en relación al artículo L. 341-6, que regula la clasificación de espacios naturales.

Y de ahí la necesidad de recurrir a otros modelos como el francés, pero especialmente el alemán –inspirador del artículo 33 de la CE–, para dar cobertura a determinadas delimitaciones del derecho de propiedad que con base en principios como el de proporcionalidad, igualdad y en algún caso el de protección de la confianza legítima, se consideran merecedoras de compensación y que en sectores como el urbanístico y el de los espacios naturales protegidos han sido recogidos no sólo en nuestro sistema sino también en los propios de los países expuestos: Francia y Alemania.

Pues de lo que no cabe duda es que la regla general de no indemnización por fijación del contenido concreto del derecho de propiedad por el legislador o la Administración, que se justifica en su propia concepción, encuentra en la práctica excepciones que se entiende justo compensar y es a esa necesidad a la que se ha tratado de dar solución aquí, buscando una apropiada cobertura jurídica a cada uno de los distintos supuestos, ya que aunque pudiera pensarse que lo relevante es que en la práctica se indemnicen estos casos al margen de la calificación que se les dé, a mi juicio sí es importante encajar cada supuesto en la institución adecuada y no desvirtuar las mismas, pues son los verdaderos cimientos de nuestro sistema.

Además la propuesta que se hace aquí no supondría siquiera la reforma o modificación de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco tomar como modelo en la regulación de esta institución el sistema alemán, sino simplemente no seguir ampliándola a supuestos que no encajan estrictamente en ella o que al menos plantea serias dudas.

Y todo ello sin perder de vista también la ventaja que podría suponer el disponer de una figura que, como la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* alemana, diese cobertura no sólo a aquellos casos que en nuestro ordenamiento resulta difícil calificar, sino a todos ellos similares y con carácter general, y los tratase como lo que realmente son, es decir, verdaderas excepciones a la regla general.

I. DERECHO COMUNITARIO

Sumario:

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

1. INTRODUCCIÓN

En el anterior número de esta Revista dábamos cuenta del impulso comunitario dado a la elaboración de un nuevo Tratado reformador de los anteriores, una vez asumido el fracaso de la Constitución Europea. En concreto, los Jefes de Gobierno de los países miembros de la UE acordaron el borrador de un nuevo Tratado europeo, recogiendo en gran parte el contenido de la fallida "Constitución". Los primeros ministros encargaron a una Conferencia Intergubernamental la redacción definitiva del Tratado reformador, que fue aprobado en la cumbre de Lisboa celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007, y es conocido ya como "Tratado de Lisboa" . El Tratado se firmará oficialmente el 13 de diciembre de 2007. A partir de entonces entraremos en la fase de ratificación por parte de los Estados miembros. Sin embargo, y a diferencia de la Constitución Europea, este Tratado Reformador auguramos que llegará a convertirse en derecho vigente, pues Estados tradicionalmente reticentes, como el Reino Unido, han anunciado ya su voluntad de ratificarlo sin someterlo a referéndum. Concretamente. el Primer Ministro británico, Gordon Brown, afirmó, el 24 de septiembre de 2007, que no era necesario un referéndum sobre el nuevo Tratado europeo. Considera que el Tratado es suficientemente distinto de la Constitución europea como para que lo ratifique el Parlamento. Únicamente Irlanda convocará un referéndum al efecto.

El Tratado de Lisboa instaura el derecho de petición para los ciudadanos europeos, la creación de un puesto de Presidente estable del Consejo Europeo, la concesión de verdaderos poderes al Alto Representante para la Política Exterior (el conocido como Mr. PESC) y la extensión del voto por mayoría cualificada. El texto ahora debe ser ratificado por cada Estado miembro.

Por su parte, la Comisión adoptó el 6 de noviembre de 2007 un Documento de Estrategia Anual para la política de ampliación de la UE. La Comisión examinó también los progresos de cada país candidato y candidato potencial concluyendo que, aunque desigual, el progreso ha sido constante en los Balcanes Occidentales (concretamente Croacia), y que la región se enfrenta todavía a dificultades importantes. El proceso de adhesión de Turquía está en marcha, si bien es necesario revitalizar las reformas.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En materia de contratos públicos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplica los principios generales del Derecho comunitario aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario ha regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas. Así pues, el TJCE exige que en todo caso las entidades contratantes que celebren un contrato estén obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; Sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48).

Pese a que en sus cuestiones prejudiciales el tribunal nacional no haga referencia directamente a los principios generales del Derecho comunitario, ello en modo alguno impide al Tribunal de Justicia tomar en consideración normas de Derecho comunitario (Sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9; de 27 de marzo de 1990, Bagli Pennacchiotti, C-315/88, Rec. p. I-1323, apartado 10; de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 39, así como Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 59).

Pues bien, en su **STJCE de 14 de junio de 2007, As. C-6/05,** el Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1) (en lo sucesivo, "Directiva 93/36"), así como de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios

(DO L 169, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003 (DO L 284, p. 1) (en lo sucesivo, "Directiva 93/42"). Dicha petición fue presentada por el Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado griego) en el marco de un litigio entre la sociedad Medipac-Kazantzidis AE (en lo sucesivo, "Medipac") y el Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS) (en lo sucesivo "Venizeleio-Pananeio"), que es el hospital general de Heraklion, con motivo de un anuncio de licitación publicado por este último y en el cual había participado dicha sociedad.

En primer lugar, el Tribunal razona en su sentencia sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, que se aplica únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase el umbral previsto en el artículo 5, apartado 1, de la norma (véase, en este sentido, el Auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 19). Pues bien, "consta en autos que el valor del contrato que se cuestiona en el asunto principal asciende a 131.500 euros (IVA incluido), importe que resulta inferior al umbral de aplicación previsto en la citada Directiva. (...) Sin embargo, una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente requiere el examen de ciertos principios generales aplicables a los contratos públicos (...) en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél".

En consecuencia, aplicando estos principios generales, el Tribunal, en su **STJCE de 14 de junio de 2007,** declaró que:

> "1) El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen a que un poder adjudicador, que haya publicado un anuncio de licitación para el suministro de productos sanitarios y haya precisado que éstos deben ser conformes a la Farmacopea Europea y estar provistos del marchamo CE, rechace por motivos de protección de la salud pública, directamente y fuera del marco del procedimiento de salvaguardia previsto en los artículos 8 y 18 de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, los materiales propuestos cuando éstos cumplan dicha condición técnica exigida. Si el poder adjudicador considera que éstos pueden comprometer la salud pública, debe informar de ello al organismo nacional competente con vistas a la aplicación de dicho procedimiento de salvaguardia.
>
> 2) Un poder adjudicador, que haya recurrido al organismo nacional competente con vistas a la aplicación del principio de salvaguardia previsto en los artículos 8 y 18 de la Directiva 93/42, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1882/2003, por lo que atañe a productos sanitarios provistos del marchamo CE, está obligado a suspender el

procedimiento de licitación hasta el resultado de dicho procedimiento de salvaguardia, y el resultado de éste es vinculante para dicho poder. Si la aplicación de tal procedimiento provoca un retraso susceptible de comprometer el funcionamiento de un hospital público y, de esta forma, la salud pública, el poder adjudicador está facultado para tomar todas las medidas provisionales necesarias, observando el principio de proporcionalidad, para poder procurarse los materiales necesarios para el buen funcionamiento de ese hospital."

También acude el Alto Tribunal europeo a los principios generales del Derecho para la resolución del Asunto C-503/04, a través de la **STJCE de 18 de julio de 2007,** que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 228 CE, el 7 de diciembre de 2004, por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania ante el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 228 CE, apartado 1, al no haber adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania (C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609), relativa a la celebración de un contrato para la evacuación de las aguas residuales del municipio de Bockhorn (Alemania) y de un contrato para la eliminación de los residuos de la ciudad de Brunswick (Alemania).

En el fundamento jurídico 36 de la sentencia citada el Tribunal señala en relación con los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, con el principio *pacta sunt servanda* así como con el derecho de propiedad, que aun suponiendo que el cocontratante pudiese oponer dichos principios y tal derecho al poder adjudicador en caso de resolución del contrato, un Estado miembro no podrá, en ningún caso, invocarlos para justificar la inejecución de una sentencia en la que se declare un incumplimiento en virtud del artículo 226 CE y eludir así su propia responsabilidad en Derecho comunitario (véase, por analogía, la Sentencia de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Rec. p. I-0000, apartado 72).

3. FUENTES

En el período de referencia, y sin novedades sustanciales, podemos destacar los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal en materia de fuentes comunitarias.

En cuanto al momento de constatación del incumplimiento de un Estado de la obligación de adaptar su Derecho al comunitario, dicho momento vendrá determinado por la situación normativa que tuviera el Estado al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado (SSTJCE de 27 de septiembre de 2007, As. C-66/07, Comisión c. Irlanda, FJ 7º), de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (**SSTJCE de 27 de septiembre de 2007, Comisión c. República Checa, As. C-115/07,** FJ 9º, **de 25 de octubre de 2007, Comisión c. República Checa, As. C-114/07,** FJ 7º, y de **8 de noviembre de 2007, Comisión c. Luxemburgo, As. C-224/07,** FJ 12º).

Por su parte, la **STJCE de 4 de octubre de 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, As. C-457/05,** en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias, señala que es precisa una interpretación uniforme de éstas que excluya la posibilidad de que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente en una de sus versiones, debiendo, por el contrario, ser interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales (FJ 17º). Ahora bien, en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas, la norma de que se trate deberá interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra (FJ 18º). Finalmente, debe interpretarse toda norma comunitaria, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecue a las disposiciones del Tratado CE y a los principios generales del Derecho comunitario (FJ 22º).

Por último, la **STJCE de 8 de noviembre de 2007, Comisión c. Luxemburgo, As. C-224/07,** reitera la imposibilidad de que un Estado miembro pueda alegar disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación de éste a una Directiva en el plazo establecido (FJ 11º).

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica de jurisprudencia comunitaria no se encuentra un cambio sustancial de la línea jurisprudencial de los tribunales comunitarios en relación con los recursos de anulación y omisión. No obstante, hecha esta observación, informamos de algunas sentencias recaídas en recursos de anulación, en menor medida recursos por omisión (solamente uno), durante el margen temporal de esta crónica jurisprudencial.

En referencia al Reino de España, podemos recordar el **Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 25 de octubre de 2007, Estaser El Mareny/Comisión, As. T-274/06,** en el cual se determina la plena validez de las publicaciones efectuadas en Internet y cómo computan en el plazo para presentar un recurso de anulación pues

> "el hecho de que la Comisión proporcione a los terceros acceso íntegro al texto de una decisión a través de su página de Internet, unido a la publicación de una comunicación en el Diario Oficial que permite a los interesados identificar la decisión de que se trata y les advierte de la posibilidad de consultarla en Internet, debe considerarse una publicación en el sentido del artículo 230 CE, párrafo quinto" (FJ 31º).

Es importante recordar este hecho pues los plazos para interponer un recurso son una cuestión de orden público y no constituyen un elemento discrecional para el juez ni para las partes. Con lo cual el acto que no haya sido impugnado en ese plazo adquiere firmeza. Esta firmeza se refiere no solamente respecto al propio acto, sino también a cualquier acto posterior que tenga un carácter puramente confirmatorio. Esta solución, que se justifica por la necesaria estabilidad jurídica, es plenamente válida tanto para los actos individuales

como para aquellos que, como los Reglamentos, tienen carácter normativo. Pero, cuando se modifica una disposición de un Reglamento, queda de nuevo abierta la vía de recurso, no sólo contra esa disposición concreta, sino también contra todas aquellas disposiciones que, aunque no hayan sido modificadas, forman un todo con ella.

Otra sentencia relativa al cómputo de los plazos es la **STJCE de 23 de octubre de 2007, Parlamento/Comisión, As. C-440/05,** en la cual el Tribunal de Justicia recordó que dado que la Decisión impugnada por el Parlamento Europeo no fue publicada en el Diario Oficial, ni notificada al Parlamento Europeo en su condición de destinatario, el cómputo del plazo de dos meses no pudo empezar para el Parlamento Europeo hasta el día en que tuvo pleno conocimiento de tal Decisión.

Otra sentencia relativa al Reino de España es la **STJCE (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2007, Comisión/España, As. C-177/06,** en la cual el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento del Reino de España de las decisiones:

– 2003/28/CE de la Comisión, de 20 diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (España);

– 2003/86/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (España), y

– 2003/192/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (España), exponiendo en relación al recurso de anulación que "en el marco de un recurso por incumplimiento basado en el artículo 88 CE, apartado 2, párrafo segundo, y exceptuando la hipótesis de inexistencia del acto, no es admisible que un Estado miembro oponga la ilegalidad de una decisión negativa de la Comisión cuando está pendiente ante el juez comunitario un recurso de anulación contra dicha decisión" (FJ 37º). Igualmente, podemos recordar el Auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2007, Ayuntamiento de Madrid y Madrid Calle 30/Comisión, Asunto T-177/06, en relación con un recurso de anulación del comunicado de prensa de Eurostat núm. 48/2006, de 24 de abril de 2006, en la medida en que contiene una decisión de la Comisión (Eurostat) relativa a la clasificación de Madrid Calle 30 en el sector de "administraciones públicas" del sistema europeo de cuentas de 1995 (SEC 95), pues este comunicado no revela la existencia de una decisión implícita de la Comisión (Eurostat) en cuanto a la clasificación de Madrid Calle 30, ni siquiera interpretándolo a la luz de la correspondencia intercambiada entre la Comisión (Eurostat) y las autoridades españolas en el período anterior a su publicación. Con lo cual no cabe calificar dicho comunicado de acto lesivo para los demandantes por esta razón.

Otra sentencia recaída en un recurso de anulación es la **STPI de 12 de octubre de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comisión, As. T-474/04,** en cuyo fundamento jurídico septuagésimo tercero el Tribunal de Primera Instancia determinó que

> "las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación. La motivación solamente puede ser sometida al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto".

Respecto el recurso por omisión podemos recordar la **STPI (Sala Cuarta) de 11 de julio de 2007, Asklepios Kliniken, As. T-167/04,** en cuyo fundamento jurídico trigésimo segundo el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que

> "los artículos 230 CE y 232 CE no son más que la expresión de un único cauce procesal. De ello se deduce que, al igual que el artículo 230 CE, párrafo cuarto, permite a los particulares interponer un recurso de anulación contra un acto de una institución del que no sean destinatarios, siempre que dicho acto les afecte directa e individualmente, debe interpretarse que el artículo 232 CE, párrafo tercero, les otorga igualmente la facultad de interponer un recurso por omisión contra una institución que no haya adoptado un acto que les habría afectado del mismo modo".

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

Quizá porque los órganos jurisdiccionales internos se esmeran cada vez más en su labor de intérpretes y valedores del Derecho comunitario, quizá porque el mes de agosto resulta inhábil judicialmente o, quizá porque la jurisprudencia del Tribunal del Justicia en estas áreas está ya lo suficientemente asentada, lo cierto es que estos últimos cuatro meses no han sido especialmente fructíferos en lo que al número y contenido de los pronunciamientos prejudiciales y cautelares se refiere.

En lo que atañe a las cuestiones prejudiciales, ciertamente, el número de pronunciamientos prejudiciales del Tribunal de Justicia no ha sido particularmente significado en el lapso de tiempo que comprende esta crónica. Desde un punto de vista material, además, los tópicos abordados por la Corte comunitaria han sido los habituales (el concepto de órgano jurisdiccional, la extensión y ámbito de competencia del Tribunal y, en particular, los motivos de admisibilidad), sin introducir variación alguna respecto de su reiterada jurisprudencia sobre estas materias.

Así, y en lo que al *concepto de órgano jurisdiccional* se refiere, la Corte comunitaria se ha limitado a recordarnos, a través de la **STJCE de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk, As. C-195/06**, que para apreciar si un órgano posee carácter jurisdiccional a los solos efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial es necesario tomar en consideración los siguientes elementos (apdo. 19 de la Sentencia), a saber:

1) Origen legal del órgano.

2) Permanencia.

3) El carácter obligatorio de su jurisdicción.

4) Naturaleza contradictoria del procedimiento.

5) Aplicación por su parte de normas jurídicas para la resolución de los conflictos sometidos a su jurisdicción.

6) Independencia.

De otra parte, y en lo que concierne al *ámbito y extensión de la competencia del Tribunal de Justicia*, la Corte simplemente ha precisado:

a) Que su competencia prejudicial abarca –por si alguna duda quedaba a este respecto–, la interpretación del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de fronteras, y ello en virtud de la aplicación del artículo 35 del TUE. Un precepto según el cual, y bajo determinadas condiciones, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse prejudicialmente sobre la interpretación de los convenios celebrados de conformidad con el Título VI del TUE (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal), entre los que cabría registrar el arriba mencionado Convenio Schengen. Así queda recogido en los apdos. 20 y 21 de la **STJCE de 18 de julio de 2007, Kraaijenbrink, As. C-367/05**.

b) Que el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para resolver cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación y aplicación del Tratado CECA, como también de los actos adoptados sobre la base de éste, aunque aquellas cuestiones se planteen tras la expiración de dicho Tratado, pues: "(…) A pesar de que, en estas circunstancias, ya no pueda aplicarse el artículo 41 de este Tratado para conferir una competencia al Tribunal de Justicia, sería contrario a la finalidad y a la coherencia de los Tratados e inconciliable con la continuidad del ordenamiento jurídico comunitario que el Tribunal de Justicia no estuviera facultado para garantizar una interpretación uniforme de las normas relativas al Tratado CECA que continúan produciendo efectos incluso después de la expiración de éste". Así se expresa la Corte comunitaria en los

apdos. 41 y 42 de la **STJCE de 18 de julio de 2007, Lucchini Siderurgica, As. C-119/05.**

Por último, y en lo que concierne al tercero de los tópicos prejudiciales antes anotados, esto es, *los motivos de inadmisión*, ningún comentario cabe hacer a este respecto, puesto que, allí donde el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a pronunciarse sobre esta materia, éste se ha limitado a:

1) Reafirmar el principio general de admisibilidad, también llamado: "presunción de pertinencia", pues, del total de sentencias en las que la Corte comunitaria se ha visto en la obligación de pronunciarse, ha resuelto declarar la admisibilidad de todas las cuestiones prejudiciales planteadas en todos los casos.

2) Recalcar la que viene siendo su reiterada jurisprudencia a este respecto. Es decir, que las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia –como ya hemos recordado con anterioridad–, en cuya virtud, la negativa de la Corte comunitaria a pronunciarse sólo es posible:

a) Cuando resulta patente que la interpretación solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.

b) Cuando el problema es de naturaleza hipotética.

c) Cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.

Éste ha sido el caso de las cuatro sentencias examinadas en esta crónica. Es decir, el de la **STJCE de 4 de octubre de 2007, Rampion y Gordard, As. C-429/05**, donde, frente a las alegaciones de *Franfinance*, del Gobierno francés y de la Comisión en cuanto a que al menos dos de las cuestiones prejudiciales planteadas no guardan relación con el litigio principal, son hipotéticas o pertenecen al exclusivo y excluyente ámbito de aplicación del Derecho interno (véanse apdos. 17 a 22 y 51 a 53 de la antedicha Sentencia), la Corte comunitaria responde (véanse apdos. 23 a 29 y 54 a 56 de la Sentencia): 1) que en esta materia rige el principio de presunción de pertinencia y 2) que, en este caso concreto, no parece manifiesto que la interpretación de las normas comunitarias solicitada por el órgano jurisdiccional nacional no guarde relación alguna con el objeto del litigio principal, ni que sean hipotéticas o pertenezcan, en exclusiva, al ámbito de aplicación del Derecho interno. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas, si bien, en algunos casos, será necesario reformularlas con la finalidad de ofrecer una respuesta útil y satisfactoria al órgano jurisdiccional nacional.

Tampoco en la **STJCE de 11 de octubre de 2007, Hollmann, As. C-443/06**, el Tribunal de Justicia acoge las alegaciones presentadas por el Gobierno portugués y por la Comisión (apdo. 17 de la Sentencia), en el sentido de que la cuestión prejudicial planteada debe ser

inadmitida atendidos los términos en los que ha sido planteada por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, de manera similar a la precedente, el Tribunal de Justicia replica que (apdo. 21 de la Sentencia), aun cuando no pueda contestar a la cuestión tal como ha sido formulada, nada impide dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno, proporcionándole los elementos interpretativos relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad con este Derecho de las disposiciones nacionales de que se trata.

Asimismo, en la **STJCE de 8 de noviembre de 2007, Amurta, As. C-379/05,** la Corte comunitaria vuelve a declarar la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial planteada, en sentido contrario a la alegación de *Amurta* (parte principal en el proceso), que estima que el interés de la cuestión es meramente académico y ésta una cuestión hipotética (véase, apdo. 63 de la Sentencia). Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que la presunción de pertinencia no queda desvirtuada en este supuesto concreto por la mera circunstancia de que una de las partes niegue los hechos (apdo. 65 de la Sentencia). En consecuencia, y como hemos adelantado, la cuestión prejudicial planteada debe admitirse.

Por último y aunque en la misma línea que las anteriores, la **STJCE de 8 de noviembre de 2007, Schwibbert, As. C-20/05,** introduce un matiz de interés, pues, si bien es cierto que como aquéllas vuelve a confirmar el principio de presunción de pertinencia en materia prejudicial, no lo es menos que el Tribunal de Justicia estima en este supuesto –si quiera parcialmente– la alegación del Gobierno italiano, el cual considera que la resolución de remisión prejudicial no facilita la información necesaria para que aquel Tribunal pueda ofrecer una respuesta útil. Así, sostiene el Ejecutivo italiano (junto a la Comisión) que la petición de pronunciamiento prejudicial no contiene los elementos de hecho y de Derecho necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda ejercer eficazmente su competencia (apdos. 19 y 20 de la Sentencia). La Corte comunitaria, por su parte, reconoce que esta alegación puede ser cierta (véase apdo. 25), pero que, en cualquier caso (apdo. 24), las informaciones que obran en su poder son suficientes para poder dar una respuesta útil a la cuestión planteada (apdo. 24 de la antedicha Sentencia). Por tanto, el Tribunal de Justicia determina que la petición de decisión prejudicial debe admitirse, aunque únicamente respecto de aquellos aspectos suyos con relación a los cuales dispone de elementos de hecho y de Derecho bastantes.

Por lo demás, y para concluir con la parte de esta crónica dedicada a las cuestiones prejudiciales, baste señalar los tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia con origen en algún órgano jurisdiccional español, a saber: la **STJCE de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, As. C-307/05**; la **STJCE de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, As. C-411/05**, y la **STJCE de 18 de octubre de 2007, Navicon, As. C-97/06**. Ninguna de ellas merece ser analizada en esta sección, pues, más allá de sus contenidos sustantivos (política social, empleo y armonización de legislaciones, respectivamente) y que a buen seguro serán tratados en otros apartados de esta Revista, no introducen cambio alguno en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia prejudicial.

E) Medidas cautelares

En lo que se refiere a las medidas cautelares, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia ha enfrentado esta temática en el período de tiempo que comprende esta crónica, por lo que nada cabe escribir a este respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2007) se han publicado un total de cuatro sentencias y un auto. La primera de las Sentencias de que damos cuenta es la **STJCE (Sala Primera) de 20 de septiembre de 2007, Comisión/ Países Bajos, As. C-297/05**, en la que la Comisión denuncia y el Tribunal confirma un incumplimiento del Derecho comunitario al haber sometido los vehículos de más de tres años matriculados anteriormente en otro Estado miembro a una inspección con vistas a su identificación así como a una inspección técnica relativa a su estado físico antes de su matriculación en los Países Bajos. La normativa comunitaria la constituye la Directiva 96/96/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques.

Según reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que constituya una medida de efecto equivalente puede estar justificada por una razón de interés general enumerada en el artículo 30 TCE o por exigencias imperativas (STJCE de 5 de febrero de 2004, Comisión/Italia, C-270/02[1]). La disposición nacional debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (SSTJCE de 20 de junio de 2002, Radiosistemi, C-388/00 y C-429/00, así como de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02[2]).

En segundo lugar, encontramos la **STJCE (Sala Segunda) de 8 de noviembre de 2007, Gintec, As. 374/05**, en la que se solicita una decisión prejudicial sobre la interpretación de la normativa comunitaria en materia de medicamentos para uso humano: concretamente 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, modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y de la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano, derogada por la Directiva 2001/83. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la empresa Gintec y la Asociación alemana de defensa de la competencia, relativo a una publicidad difundida por la primera sobre medicamentos preparados a base de ginseng que comercializa en Alemania.

(1) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 64.

(2) Comentadas en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 65-66 y en el número 24 (julio de 2004), pág. 64, respectivamente.

Para el Tribunal, la Directiva 2001/83/CE ha llevado a cabo una armonización completa en el ámbito de la publicidad de medicamentos, al enumerar expresamente los casos en los que los Estados miembros están autorizados para adoptar disposiciones que se aparten de las normas fijadas por esta Directiva. Procede, pues, interpretar dicha Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede imponer, en su normativa nacional, una prohibición absoluta e incondicional de utilizar, en la publicidad de medicamentos destinada al público, declaraciones procedentes de terceros, mientras que, conforme a esa misma Directiva, su uso sólo puede limitarse debido a su contenido específico o a la calidad de su autor.

Por su parte, la Directiva 2001/83 –modificada por la Directiva 2004/27– impone a los Estados miembros la obligación de establecer, en su normativa nacional, una prohibición de utilizar, en la publicidad de medicamentos destinada al público, declaraciones de terceros, cuando éstas se refieren, de forma abusiva, alarmante o engañosa, a testimonios de curación en el sentido del artículo 90.j) de la Directiva 2001/83, a cuyo efecto debe interpretarse este concepto de "testimonios de curación" en el sentido de que no incluyen las referencias al refuerzo del bienestar general de la persona cuando no se evoca la eficacia terapéutica del medicamento en términos de eliminación de una enfermedad particular. El artículo 90.c) de la Directiva 2001/83 también obliga a los Estados miembros a imponer, en su normativa nacional, la prohibición de utilizar, en la publicidad de medicamentos destinada al público, declaraciones de terceros cuando éstas dan a entender que el uso del medicamento contribuye a reforzar la sensación de bienestar general. Finalmente, los artículos 87.3, 88.6, y 96.1 de la Directiva 2001/83 prohíben la publicidad de medicamentos en forma de sorteo anunciado en Internet, en la medida en que favorece el uso irracional del medicamento y da lugar a su distribución directa al público y a la entrega de muestras gratuitas.

De la misma fecha que la anterior es la **STJCE (Sala Primera) de 8 de noviembre de 2007 Stadtgemeinde Frohnleiten y Gemeindebetriebe Frohnleiten GMBH, As. 221/06**, en la cual se enjuicia un tributo austríaco sobre el depósito permanente de unos residuos procedentes de Italia en un vertedero de Austria. Este tributo era calculado en función del peso de los residuos depositados y del estado del vertedero. Existe una exención cuando se trata de residuos procedentes de suelo austríaco contaminado (previamente declarado), que no se aplicó a estos residuos italianos. La legislación comunitaria aplicable al traslado de residuos dentro de la Unión la constituye el Reglamento (CEE) núm. 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 2557/2001 de la Comisión, de 28 de diciembre de 2001. Por su parte, las disposiciones del TCE que regulan las exacciones de efecto equivalente relativas a los tributos internos discriminatorios no son aplicables acumulativamente, de modo que, en el sistema del Tratado, la misma medida no puede pertenecer simultáneamente a ambas categorías (S. Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 y C-41/05[3]). Por lo que atañe a los

(3) Comentada en el número 33 de esta Revista (octubre de 2006), págs. 59-60. *Vid.* también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 25 (septiembre-diciembre de 2006), págs. 1073-1074.

artículos 23 y 25 TCE, es jurisprudencia reiterada que toda carga pecuniaria, por mínima que sea, impuesta unilateralmente, cualesquiera que sean su denominación y su técnica, que grave las mercancías por el hecho de atravesar la frontera, cuando no es un derecho de aduana propiamente dicho, constituye una exacción de efecto equivalente con arreglo a los artículos 23 y 25 TCE. El artículo 90 TCE constituye un complemento de las disposiciones relativas a la supresión de los derechos de aduana y de las exacciones de efecto equivalente. Su objetivo es garantizar la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros en condiciones normales de competencia, mediante la eliminación de cualquier forma de protección que pueda derivarse de la aplicación de tributos internos que sean discriminatorios para los productos originarios de otros Estados miembros (STJCE de 18 de enero de 2007, Brzezi´nski, C-313/05). Según jurisprudencia reiterada, el artículo 90 TCE debe recibir una interpretación amplia, de tal manera que permita incluir todas las medidas fiscales que perjudiquen, de modo directo o indirecto, a la igualdad de trato entre los productos nacionales y los productos importados. Por lo tanto, la prohibición que establece debe aplicarse cada vez que un gravamen fiscal pueda desalentar la importación de bienes procedentes de otros Estados miembros en beneficio de los productos internos (SSTJCE de 16 de febrero de 1977, Schöttle, C-20/76; de 3 de marzo de 1988, Bergandi, C-252/86, así como de 7 de diciembre de 1995, Ayuntamiento de Ceuta, C-45/94). Se infringe el artículo 90.1 TCE cuando el tributo que grava el producto importado y el que grava el producto nacional similar se calculan de un modo diferente y con arreglo a mecanismos distintos que den lugar, aunque sólo sea en ciertos casos, a una tributación más elevada del producto importado (SSTJCE de 26 de junio de 1999, Comisión/Luxemburgo, C-152/89 y Brzezi´nski). De ello se deduce que un régimen impositivo solamente puede considerarse compatible con el artículo 90 TCE si está estructurado de forma que se descarte cualquier supuesto en el que los productos importados hayan de soportar un gravamen más riguroso que los productos nacionales y, por lo tanto, que no produce, en ningún caso, efectos discriminatorios (SSTJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión/Grecia, C-375/95; de 17 de junio de 1998, Grundig Italiana, C-68/96, y Brzezi´nski, antes citada).

Para el TJCE, el artículo 90.1 CE se opone a una disposición tributaria nacional como la contenida en la Ley austríaca de recuperación de espacios contaminados de 7 de junio de 1989, que exime del tributo que grava el depósito permanente de residuos en los vertederos austríacos a aquellos depósitos de residuos procedentes de la recuperación o contención de espacios contaminados o potencialmente contaminados situados únicamente en el territorio nacional, pero que excluye la exención de los depósitos de residuos procedentes de la recuperación o contención de espacios situados en otros Estados miembros.

Por último, la **STJCE (Sala Segunda) de 8 de noviembre de 2007, Ludwigs-Apotheke, As. C-143/06**, vuelve de nuevo a plantear la interpretación de la Directiva sobre medicamentos de uso humano, a la que ya nos hemos referido en la segunda de las sentencias comentadas en este bloque. Concretamente la interpretación del artículo 86.2, tercer guión, 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, modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad Ludwigs Apotheke en relación con el envío a farmacéuticos, por otra empresa, de listas de medicamentos no autorizados en Alemania. Para el TJCE, una prohibición de publicidad como la establecida en la Ley alemana de publicidad de medicamentos no debe apreciarse a la luz de las disposiciones relativas a la publicidad de la Directiva 2001/83/CE, sino a la luz de los artículos 28 y 30 TCE y 11 y 13 del Acuerdo EEE, de 2 de mayo de 1992. Estos artículos se oponen a esta prohibición, en la medida en que se aplica a la difusión, entre los farmacéuticos, de listas de medicamentos no autorizados cuya importación desde otro Estado miembro o un Estado tercero parte en el Acuerdo sobre el EEE sólo está autorizada con carácter excepcional, y que sólo contienen información relativa a la denominación comercial, a las dimensiones del envase, a la dosis y al precio de esos medicamentos.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2007), se han publicado cinco fallos del TJCE, cuatro sentencias y un auto. El auto (As. C-191/07 P) únicamente rechaza un proceso, por lo que no será objeto de nuestro análisis. La primera de las sentencias a la que nos referimos es la **STJCE (Sala Tercera) de 18 de julio de 2007, Comisión/España, As. C-501/04**, en la que nuestro país es llevado ante el Tribunal por un presunto incumplimiento en materia de seguro directo distinto del seguro de vida y seguro directo de vida. En concreto, la Comisión de las Comunidades Europeas solicitaba al Tribunal que declarase que España había incumplido las obligaciones de estas dos directivas: Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva "de seguros distintos del seguro de vida"); y la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, al conceder a los tomadores de seguros la facultad de resolver los contratos en caso de cesión de cartera cuando el cedente y/o el cesionario sea una entidad aseguradora no domiciliada en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios, y no otorgar dicha posibilidad cuando la cesión tenga lugar entre entidades aseguradoras españolas.

Sin embargo, el Tribunal desestimó el recurso en su integridad al estimar que del artículo 22 de la Ley española 30/1995, de ordenación de los seguros privados, se desprende que, cuando la cesión de cartera tiene lugar entre dos entidades aseguradoras españolas, los tomadores de seguros únicamente están facultados para resolver el contrato en el caso de una cesión parcial de cartera o de una cesión entre mutuas o cooperativas a prima variable o entre mutualidades de previsión social. Por el contrario, en virtud del artículo 50.3 de dicha Ley, los tomadores de seguros tienen la facultad de resolver los contratos cuando la cesión se produzca entre un cedente español y un cesionario domiciliado en un Estado miembro distinto de España y cuando éste es el Estado del compromiso o el

Estado de localización del riesgo. Al establecer mediante la Ley 30/1995 y su Reglamento de aplicación la facultad de los tomadores de seguros de resolver el contrato de seguro en caso de cesión de cartera, cuando dicho contrato ha sido suscrito en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, España se limitó a ejercer, como estaba autorizada a hacerlo, derechos que le reconocen las Directivas 92/49 y 2002/83.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 18 de julio de 2007, Comisión/ Alemania, As. C-490/04**, declara el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben *ex* artículo 49 TCE, al haber adoptado la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores, de 26 de febrero de 1996, según la cual las empresas de trabajo temporal extranjeras están obligadas a declarar no sólo la cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania, sino también toda modificación relativa al lugar de afectación de este trabajador.

En tercer lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2007, Schwarz, y Gootjes-Schwarz, As. C-76/05**, en la cual se somete al Tribunal una cuestión prejudicial sobre los artículos 18.1, 39, 43 y 49 TCE. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Schwarz y la Sra. Gootjes-Schwarz, nacionales alemanes que residen en Alemania, y, por otra, el *Finanzamt Bergisch Gladbach*, relativo a la negativa de este último a concederles una rebaja fiscal por razón de los gastos de escolaridad de sus hijos (superdotados) que asisten a colegios especiales situados en otro Estado miembro (Gran Bretaña), dado que la normativa nacional en materia del impuesto sobre la renta reserva la concesión de esta rebaja a los contribuyentes que hayan abonado gastos de escolaridad a determinados colegios privados alemanes.

El Tribunal constata la incompatibilidad de la normativa alemana. Cuando los contribuyentes de un Estado miembro escolarizan a sus hijos en un colegio privado situado en otro Estado miembro y cuya financiación se realiza esencialmente con cargo a fondos privados, el artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que concede a los contribuyentes la posibilidad de declarar, como gastos extraordinarios que dan derecho a una reducción en el impuesto sobre la renta, el pago de gastos de escolaridad a determinados colegios privados establecidos en su territorio nacional, pero excluye de manera general esta posibilidad en el caso de gastos de escolaridad abonados a un colegio privado establecido en otro Estado miembro. Asimismo, cuando los contribuyentes de un Estado miembro envían a sus hijos a cursar estudios en un colegio establecido en otro Estado miembro cuyas prestaciones no pueden ampararse en el artículo 49 TCE, el artículo 18 TCE se opone a una normativa de un Estado miembro que concede a los contribuyentes la posibilidad de declarar, como gastos extraordinarios que dan derecho a una reducción en el impuesto sobre la renta, el pago de gastos de escolaridad a determinados colegios privados establecidos en su territorio nacional, pero excluye de manera general esta posibilidad en el caso de gastos de escolaridad abonados a un colegio establecido en otro Estado miembro.

En quinto lugar, la **STJCE (Sala Cuarta) de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk, As. C-195/06**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada

por un órgano judicial austríaco sobre la interpretación de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el órgano austríaco regulador en materia de comunicación y el Österreichischer Rundfunk (ORF), en relación con la calificación de "telecompra" o de "publicidad televisada" de un juego dotado con un premio organizado con motivo de la difusión por el ORF de una emisión titulada "Quiz-Express".

El artículo 1 de dicha Directiva establece una serie de definiciones que conviene conocer:

> "A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...)
>
> c) 'publicidad televisiva', cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones; (...)
>
> f) 'televenta', la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o a la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración".

Según el Tribunal, la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989 debe interpretarse en el sentido de que una emisión o parte de emisión durante la cual un organismo de radiodifusión televisiva ofrece a los telespectadores la posibilidad de participar en un juego dotado con un premio marcando directamente un número de teléfono especial y, por lo tanto, onerosamente, está comprendida en la definición comunitaria de "televenta" si esa emisión o parte de emisión representa una verdadera oferta de servicios, habida cuenta de la finalidad de la emisión de la que forma parte el juego, de la importancia de éste dentro de la emisión en cuanto al tiempo y a los rendimientos económicos previstos en relación con los que se esperan de la emisión en su conjunto, así como de la orientación de las preguntas formuladas a los concursantes. Igualmente está comprendida en la definición comunitaria de "publicidad televisada" si, debido a la finalidad y al contenido del juego, así como a las condiciones en las que se presentan los premios, éste contiene un mensaje cuyo objetivo es incitar a los telespectadores a adquirir los bienes y los servicios presentados como premios, o poner indirectamente de relieve en forma de autopromoción los méritos de los programas del organismo de que se trate.

b) Derecho de establecimiento

En el período analizado (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2007), se han publicado seis fallos del TJCE en esta materia: cuatro sentencias y dos autos. No nos detendremos

en los autos (As. C-161/07 y C-207/07), pues sólo se refieren a la admisión de partes en procedimientos no conclusos. La primera de las Sentencias es la **STJCE (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, O y AA, As. C-231/05**, en la que se analiza una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 43, 56 y 58 CE, así como de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en su versión modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, a propósito de una normativa fiscal finlandesa sobre transferencias entre la sociedad matriz y sus filiales.

El Tribunal, sin embargo, declara la compatibilidad de la normativa enjuiciada: el artículo 43 TCE no se opone a un régimen establecido por la normativa de un Estado miembro según el cual una filial, residente en ese Estado miembro, únicamente puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada por ésta en favor de su sociedad matriz en la medida en que esta última tenga su domicilio en ese mismo Estado miembro.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, As. C-134/05**, cuyo origen es un incumplimiento denunciado por la Comisión. En concreto, la vieja legislación italiana de 1931 sobre seguridad pública por la cual se impedía abrir agencias de préstamo con fianza sin contar con la preceptiva autorización de la policía.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal que una normativa nacional que supedite el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa, constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 TCE (SSTJCE de 7 de octubre de 2004, Comisión/Países, C-189/03, y de 21 de septiembre de 2006, Comisión/Austria, C-168/04[4]). Al excluir que se tengan en cuenta las obligaciones a las que el prestador de servicios transfronterizo ya está sujeto en el Estado miembro en que se halla establecido, una normativa nacional va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo que se persigue, que es garantizar un estricto control de tales actividades (SSTJCE de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal, C-171/02[5]). Es también jurisprudencia reiterada que el requisito, según el cual el prestador de servicios debe tener su establecimiento de explotación en el Estado miembro en que se preste el servicios, es totalmente contrario a la libre prestación de servicios, ya que hace imposible, en dicho Estado, la prestación de servicios por las empresas establecidas en otros Estados miembros (SSTJCE de 14 de diciembre de 2006, Comisión/Austria, C-257/05).

Por ello el Tribunal concluye que, al establecer en el marco del texto único de las Leyes italianas relativas a la seguridad pública, aprobado por Real Decreto núm. 773, de 18 de junio de 1931, la obligación de toda empresa que ejerza la actividad de cobro extrajudicial de créditos tanto de solicitar –aunque la empresa disponga de una licencia expedida por un comisario de una provincia– una nueva licencia en cada una de las otras provincias

(4) Comentada en el número 34 de esta Revista (enero de 2007), págs. 71-72.

(5) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 283.

en las que pretenda ejercer su actividad, salvo que apodere a un representante autorizado en esa otra provincia, Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 TCE. A la misma conclusión se llega respecto de las otras dos obligaciones impuestas: disponer de locales en el territorio cubierto por la licencia y de anunciar en ellos cuáles son los servicios que pueden prestarse a los clientes y disponer de un local en cada provincia en la que pretenda ejercer sus actividades, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Cuarta) de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, As. 260/04**, en la cual la Comisión lleva de nuevo a Italia ante el Tribunal, esta vez por su normativa sobre el juego. La Comisión envió a las autoridades italianas un requerimiento del artículo 226 TCE, que llamaba su atención sobre la incompatibilidad del sistema italiano de atribución de la gestión de las apuestas hípicas y, en particular, de la renovación sin ningún procedimiento de licitación de 329 concesiones adjudicadas a la Unión Nacional para la Mejora de las Razas Equinas (UNIRE), con el principio general de transparencia y con la obligación de publicidad derivada de los artículos 43 y 49 TCE.

El Gobierno italiano no negó que la adjudicación de la gestión y la recogida de las apuestas hípicas en Italia constituyese una concesión de servicio público. Esta misma calificación es la que contiene la Sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04[6]), en la cual el Tribunal interpretó los artículos 43 y 49 TCE en relación con la misma legislación nacional. Consta que las concesiones de servicios públicos están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (STJCE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03). El Tribunal sostuvo que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar las normas fundamentales del TCE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (SS Telaustria y Telefonadress; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03).

En el presente caso, la ausencia absoluta de licitación a efectos de la adjudicación de las concesiones para la gestión de las apuestas hípicas no se ajusta a los artículos 43 y 49 TCE y viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado. La renovación de las 329 antiguas concesiones sin licitación impide que dichas concesiones estén sometidas a la competencia y al control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa responde a un interés esencial en el sentido de los artículos 45 y 46 TCE o a una exigencia imperiosa de interés general consagrada por la jurisprudencia y, por otro lado, que dicha normativa es conforme al principio de proporcionalidad (SSTJCE de 2 de diciembre de 2004, Comisión/Países

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

Bajos, C-41/02; de 13 de enero de 2005, Comisión/Bélgica, C-38/03, y de 15 de junio de 2006, Comisión/Francia, C-255/04[7]).

Por ello, el Tribunal estima que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por Italia y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípicas participen en actividades delictivas o fraudulentas. Por ello se concluye el incumplimiento por Italia de sus obligaciones *ex* artículos 43 y 49 TCE y, en particular, la violación del principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado.

Por último, la **STJCE (Gran Sala) de 23 de octubre de 2007, Comisión/ Alemania**, en la que la Comisión lleva a Alemania por un presunto incumplimiento del Derecho comunitario –concretamente el artículo 56.1 TCE– en la privatización del Grupo Volkswagen. En esta Sentencia el Tribunal condena a Alemania a derogar la Ley de privatización de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada Volkswagenwerk, de 21 de julio de 1960 (conocida como "Ley Volkswagen"). Al mantener en vigor las disposiciones de la Ley Volkswagen relativas al tope del derecho de voto al 20% y al establecimiento de la minoría de bloqueo en el 20%, así como el derecho, para el Estado federal y el Land de Baja Sajonia, a nombrar a dos representantes cada uno en el consejo de vigilancia, Alemania ha faltado a sus obligaciones. Se trata, según el Tribunal, de un obstáculo a la libre circulación de capitales; esta ley se considera contraria al Derecho comunitario.

La Comisión alegaba que las disposiciones controvertidas de la "Ley Volkswagen" pueden disuadir de realizar inversiones directas y, por consiguiente, constituyen restricciones a la libre circulación de capitales *ex* artículo 56 TCE: en primer lugar, al limitar, como excepción al Derecho común, el derecho de voto de los accionistas al 20% del capital social de Volkswagen; en segundo lugar, al exigir una mayoría de más del 80% del capital representado para que la junta general de accionistas adopte decisiones que, según el Derecho común, sólo requieren una mayoría del 75%, y, en tercer lugar, al permitir, como excepción al Derecho común, que el Estado Federal y el Land de Baja Sajonia designen, cada uno de ellos, dos representantes en el consejo de vigilancia de dicha sociedad.

Según reiterada jurisprudencia, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones del TCE relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión, por un nacional del Estado miembro de que se trate, de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (SSTJCE de 13 de abril de 2000, Baars, C-251/98[8]; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes

(7) Comentada en el número 33 de esta Revista (octubre de 2006), págs. 79 a 81. *Vid.* también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25 (septiembre-diciembre de 2006), págs. 1062 a 1064.

(8) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

Overseas, C-196/04[9], y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04[10]).

Según jurisprudencia reiterada, el artículo 56.1 TCE prohíbe las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros (STJCE de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos, C-282/04 y C-283/04). Al no existir en el TCE una definición del concepto de "movimientos de capitales", el Tribunal ha reconocido un valor indicativo a la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 TCE (artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam). Así pues, constituyen movimientos de capitales en particular, las inversiones directas, esto es, tal como se deduce de esta nomenclatura y de las notas explicativas relacionadas con ella, cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica (SSTJCE de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04[11], y de 24 de mayo de 2007, Holböck, C-157/05). Por lo que respecta a las participaciones en empresas nuevas o existentes, como confirman dichas notas explicativas, el objetivo de crear o mantener vínculos económicos duraderos presupone que las acciones que posee el accionista le ofrecen, ya sea en virtud de las disposiciones de la legislación nacional sobre las sociedades por acciones, o de otra forma, la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad (véanse las sentencias, antes citadas, Test Claimants in the FII Group Litigation, apartado 182, y Holböck, apartado 35; de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98[12]; Comisión/Francia, C-483/99[13]; Comisión/Bélgica, C-503/99[14]; de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, C-463/00[15]; Comisión/Reino Unido, C-98/01[16], y de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia, C-174/04).

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

(10) Comentada en el número 36 de esta Revista (julio de 2007), págs. 34-35 y 49-50.

(11) Comentada en el número 35 de esta Revista (abril de 2007), págs. 72 y 79 a 82. *Vid*. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo;* núm. 27 (enero-abril de 2007), págs. 239 a 292.

(12) Comentadas en el número 17 (octubre de 2002), págs. 79 y 81, en el número 21 (octubre de 2003), pág. 73 y en el número 29 (octubre de 2005), pág. 103, de esta Revista.

(13) Comentadas en el número 17 (octubre de 2002), pág. 78 y en el número 21 (octubre de 2003), pág. 73, de esta Revista.

(14) Comentadas en el número 17 (octubre de 2002), págs. 65, 79-80 y 82 y en el número 21 (octubre de 2003), pág. 73, de esta Revista.

(15) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 70-71 y 73-74. Sentencia dictada a propósito de la llamada "acción de oro" de la Ley 5/1997. La cita Tomás Ramón FERNÁNDEZ en su libro *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, pág. 89, en nota.

(16) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 70 y 74-75.

El Tribunal ha precisado también que deben calificarse como "restricciones" en el sentido del artículo 56.1 TCE las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las empresas afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas.

Con arreglo a la Ley Volkswagen, el Estado federal y el Land de Baja Sajonia tienen la posibilidad, siempre y cuando sean accionistas de Volkswagen, de designar cada uno de ellos dos representantes como miembros de su consejo de vigilancia, lo que hace un total de cuatro personas. Sin embargo, dicha posibilidad constituye una excepción al Derecho común de sociedades. En efecto, éste limita los derechos de representación concedidos a determinados accionistas a una tercera parte del número de representantes de los accionistas en el consejo de vigilancia. En el caso de Volkswagen, cuyo consejo de vigilancia cuenta con veinte miembros, diez de los cuales son designados por los accionistas, el número de representantes que, según el Derecho común, pueden designar el Estado federal y el Land de Baja Sajonia no podría ser superior a tres.

La libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 TCE o por razones imperiosas de interés general, siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses A falta de esta armonización comunitaria, corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de tales intereses legítimos y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Ahora bien, sólo pueden hacerlo dentro de los límites trazados por el Tratado y, en concreto, respetando el principio de proporcionalidad, que exige que las medidas adoptadas sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo.

C) Libre circulación de trabajadores

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre libre circulación de trabajadores.

D) Libre circulación de capitales

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre libre circulación de capitales.

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) Abstención de los Magistrados (artículos 80 LOTC y 219.10 LOPJ): Aunque las causas de abstención deben ser interpretadas restrictivamente, si queda afectada la "apariencia de imparcialidad" del Magistrado, la abstención debe ser aceptada. B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) El trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): Ha de mencionarse el precepto legal cuestionado y los preceptos constitucionales que se consideran infringidos. b) El control de los decretos legislativos [artículo 27.2.b) LOTC]: El posible vicio de exceso de delegación (*ultra vires*) queda subsanado por la reforma del decreto legislativo mediante ley formal. C) Recurso de amparo. a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: El recurso de casación para la unificación de doctrina sólo es exigible cuando no quepa duda respecto de su procedencia. b) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No es suficiente la invocación previa del precepto constitucional infringido si dicha invocación planteaba un problema distinto. c) Invocación por el Tribunal Constitucional de motivos distintos de los alegados por el demandante (artículo 84 LOTC).

1. INTRODUCCIÓN

El elenco de Sentencias analizadas abarca desde la STC 155/2007, de 2 de julio, hasta la STC 210/2007, de 24 de septiembre. Puede destacarse el ATC de 16 de octubre de 2007 por el que se estiman justificadas las abstenciones de la Presidenta y el Vicepresidente del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LOTC. En una decisión polémica resuelta por el voto de calidad del Presidente accidental, se considera que podría suscitarse "apariencia de pérdida de imparcialidad" de los Magis-

trados que formularon las abstenciones. En relación a los conflictos competenciales, no hay ninguna resolución que reseñar en este período.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Abstención de los Magistrados (artículos 80 LOTC y 219.10 LOPJ): Aunque las causas de abstención deben ser interpretadas restrictivamente, si queda afectada la "apariencia de imparcialidad" del Magistrado, la abstención debe ser aceptada

El **ATC de 16 de octubre de 2007,** representa un episodio más en la batalla de abstenciones y recusaciones que amenaza con destruir la credibilidad de nuestro Tribunal Constitucional. Tras un empate a cinco votos dirimido por el voto de calidad del Presidente accidental, estima justificadas las abstenciones de la Presidenta del Tribunal, doña María Emilia Casas Baamonde y del Vicepresidente, don Guillermo Jiménez Sánchez, en el recurso de inconstitucionalidad promovido por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Artículo Único, apartados 6 y 7, de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Estos Magistrados alegaron como causa de abstención la prevista en el artículo 219.10 LOPJ, considerando que podría suscitarse "apariencia de pérdida de imparcialidad", dado que uno de los preceptos impugnados se refiere a la prórroga del mandato de Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional para hacerlo coincidir con su renovación (actual artículo 16.3 LOTC).

El Auto considera justificadas las abstenciones porque el resultado del recurso de inconstitucionalidad podría tener incidencia directa e inmediata en la situación de los Magistrados que, en la actualidad, ocupan los cargos de Presidenta y Vicepresidente del Tribunal. De esta forma, existen datos objetivos que podrían ser percibidos por la sociedad como una "apariencia de pérdida de imparcialidad".

El Tribunal comienza recordando su propia doctrina en lo referente al régimen de recusaciones y abstenciones de sus Magistrados. Aunque se apliquen a la jurisdicción constitucional las causas de abstención y recusación previstas para la jurisdicción ordinaria, hay que tener en cuenta las peculiaridades que implican la propia naturaleza del Tribunal Constitucional, no integrado en el Poder Judicial, y compuesto por doce únicos Magistrados, sin posibilidad alguna de sustitución interna (AATC 380/1993 y 80/2005). Ello conduce, a juicio del Tribunal, a una "interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación o abstención previstas en la LOPJ" (ATC 26/2007), habida cuenta de la existencia de un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este Tribunal en los términos establecidos por el artículo 159 CE. El Auto insiste en la necesidad de que la aplicación del régimen de recusación

y abstención no conduzca a resultados absurdos y gravemente perturbadores al alzarse como un obstáculo insalvable para que el Tribunal Constitucional cumpla las funciones que constitucionalmente tiene asignadas por imposibilidad de quedar legalmente conformado (ATC 80/2005) o para que accedan a la Magistratura del Tribunal Constitucional juristas en los que se acredite la competencia profesional exigida por el artículo 159.2 CE (AATC 18/2006 o 26/2007).

No obstante lo anterior, en el presente caso, el Tribunal entra a examinar si las abstenciones están o no justificadas, dado que el proceso en el que se inscriben se refiere al control de una norma que afecta singular y directamente al estatuto personal e institucional de la Presidenta y el Vicepresidente del mismo. La posible alegación de que la norma cuestionada afecta a todos los Magistrados, puesto que todos ellos podrían eventualmente ocupar los cargos de Presidente o Vicepresidente no es asumida por el Tribunal, considerando que esta afectación no deja de ser hipotética, mientras que la de los actuales Presidenta y Vicepresidente es actual y efectiva.

El Auto insiste en la importancia, no ya de la imparcialidad de los Magistrados que formulan las alegaciones –que no se pone en duda–, sino de la "apariencia de imparcialidad" alegada por dichos Magistrados. Recuerda que la especial trascendencia de esta apariencia ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos porque "lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática" (STC 162/1999 y STEDH de 1 de octubre de 1982, Caso Piersack, entre otras).

Los Magistrados doña Elisa Pérez Vera, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps formulan un Voto Particular discrepante del parecer mayoritario en el que entienden que no deberían haberse estimado justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente del Tribunal. Consideran que la afectación de la norma recurrida al estatuto de estos Magistrados no puede ser tenida como motivo justificado de abstención subsumible en la causa prevista en el artículo 219.10 LOPJ ("tener interés directo o indirecto en el pleito o causa"). Según el parecer de los discrepantes, un Magistrado del Tribunal Constitucional, por el solo hecho de que la ley afecte a su estatuto de miembro de éste, no puede quedar inhabilitado para juzgar la ley destinada a regular el propio Tribunal. Da igual que le afecte como Magistrado o como cargo institucional específico. Opinan que sostener lo contrario supone impedir que quien forma parte legítimamente del Tribunal Constitucional pueda contribuir con su opinión y su voto a dilucidar la conformidad con la Constitución de la ley que, de manera general y abstracta y con vigencia indefinida, organiza al propio Tribunal y regula el estatuto de sus miembros, según el mandato del artículo 165 CE.

Los Magistrados discrepantes consideran que, en el caso de que se aceptase que la afectación de la norma recurrida al estatuto de la Presidenta y el Vicepresidente del Tribunal pueda subsumirse en la causa del artículo 219.10 LOPJ, esta afectación también debería predicarse de los demás Magistrados, puesto que todos ellos son electores y elegibles para la Presidencia y la Vicepresidencia, lo cual llevaría a la absurda conclusión de que el Tribunal nunca podría juzgar los preceptos de su propia Ley Orgánica.

El Voto Particular pone de manifiesto cómo el Auto recuerda la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación de los Magistrados, en atención a la especial naturaleza del Tribunal y del control abstracto de inconstitucionalidad –que no dirime conflictos entre partes–, así como a la imposibilidad de sustitución de dichos Magistrados. Sin embargo, de forma no coherente con esta doctrina, en este caso estima justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente.

Asimismo, el Voto Particular expresa su discrepancia con el argumento del Auto que hace descansar la viabilidad o no de las abstenciones (o recusaciones) en el dato numérico de los Magistrados afectados, de manera que, dada la necesidad de asegurar la íntegra composición del Tribunal Constitucional, el límite de la posibilidad de aceptar las abstenciones y recusaciones de sus Magistrados se sitúa en la concurrencia del quórum preciso para la actuación del Tribunal, por lo que en el presente caso, al afectar a sólo dos de sus miembros, no se compromete el funcionamiento del Tribunal. Los Magistrados discrepantes consideran inaceptable el relativismo que supondría admitir o rechazar las abstenciones que se planteasen por el mismo motivo en un determinado supuesto en función de que el número de Magistrados no abstenidos (o recusados) fuese inferior o superior al quórum mínimo exigido para el funcionamiento del Tribunal.

También formula un Voto Particular discrepante el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, afirmando que, a su entender, no se daban "datos objetivos que podrían ser percibidos por la sociedad como fundamento de su abstención", como afirma el Auto. Insiste en la contradicción entre la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre la interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación de sus Magistrados y la decisión del Auto de estimar justificadas las abstenciones.

También muestra su desacuerdo el Magistrado discrepante –y en esto coincide con el Voto Particular anterior– con la distinción que realiza el Auto entre el tratamiento que cabe dar a las abstenciones y a las recusaciones, según la cual deja prácticamente aquéllas a la decisión del Magistrado que las formula, aceptándolas de forma casi automática, mientras que la decisión sobre las recusaciones sería más debatida.

En suma, estamos ante un nuevo y lamentable episodio de la guerra que parece corroer los cimientos mismos de esta institución que hasta ahora venía gozando de un especial prestigio en nuestro sistema político. Si la legítima lucha política partidista se traslada a las instancias jurisdiccionales en lugar de batirse en los procesos electorales y parlamentarios, el perdedor no será uno u otro partido, sino la credibilidad que deben merecer las instituciones a los ojos de los ciudadanos. Lo que sí parece cierto es que el Tribunal Constitucional tiene una naturaleza peculiar, como lo muestra el hecho de que la Constitución no lo integra en el Poder Judicial. Esta especial naturaleza exigiría que se regulasen de forma específica las causas de abstención y recusación de sus Magistrados, como sucede en otros ordenamientos de jurisdicción constitucional concentrada.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) El trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): Ha de mencionarse el precepto legal cuestionado y los preceptos constitucionales que se consideran infringidos

b) El control de los decretos legislativos [artículo 27.2.b) LOTC]: El posible vicio de exceso de delegación (*ultra vires*) queda subsanado por la reforma del decreto legislativo mediante ley formal

La **STC 166/2007, de 4 de julio,** inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid contra el artículo 150.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en la numeración resultante de la reforma operada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. El órgano judicial no cuestiona el mencionado precepto por razones materiales, sino formales, es decir, por el posible exceso del Gobierno –o *ultra vires*– en la refundición realizada con respecto a la Ley de delegación (Ley 27/1995, de 11 de octubre). La Sentencia tiene interés por varios motivos, aunque no contiene novedades doctrinales en torno a la polémica sobre la competencia de los tribunales ordinarios para controlar el exceso de delegación de los Decretos Legislativos.

El Fiscal General del Estado alegó que no se había cumplido debidamente el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal que exige el artículo 35.2 LOTC. El Tribunal, después de insistir en la trascendencia de este trámite de audiencia, establece que en dicho trámite han de especificarse los preceptos legales cuestionados y los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados. De esta forma, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no deben introducirse elementos nuevos que los sujetos interesados en el proceso no hayan podido previamente conocer, lo que desvirtuaría el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC (STC 173/2006, entre otras).

En este caso, a juicio del Tribunal, no se cumplió correctamente por el Juzgado proponente de la cuestión el mencionado trámite pues en la providencia de apertura de éste se omitió cualquier mención al precepto legal cuestionado y a los preceptos constitucionales que se consideraban vulnerados. No puede entenderse cumplida esta exigencia por la remisión "tácita" al escrito de una de las partes del proceso. Y, si esto es así en general, con mayor razón en este caso, puesto que en el escrito de contestación a la demanda, la sociedad demandada interesaba del Juzgado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 145.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por exceso de la delegación (*ultra vires*). Y, sin embargo, el Juzgado plantea la cuestión sobre el párrafo segundo del artículo 150 de la misma ley que, si bien se corresponde en su contenido con el precepto mencionado antes, es el resultado de la renumeración introducida por la Ley 5/1998, de 6 de marzo.

El Tribunal Constitucional considera también que en este caso no se cumplió adecuadamente el requisito de la exteriorización del juicio de relevancia que exige el artículo 35.2 LOTC. Este defecto cobra mayor trascendencia en el presente caso si se tiene en cuenta que el Juzgado promovente de la cuestión dice suscitar ésta inicialmente con relación al artículo 145.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en la redacción dada a ésta por el Real Decreto Legislativo 1/1996, pero esta cuestión debía entenderse referida al artículo 150.2 de la misma Ley en la redacción dada por la Ley 5/1998. Este desplazamiento automático de una norma a otra no resulta irrelevante, dado que la duda de constitucionalidad se refería exclusivamente a un pretendido exceso en la actividad refundidora derivada de una delegación legislativa (*ultra vires*), exceso que en ningún caso cabe imputar a la Ley 5/1998, emanada directamente del Poder Legislativo. Es decir, a juicio del Tribunal, en virtud de la Ley 5/1998, que ratifica el contenido del artículo 145 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, dando nueva numeración a este precepto, pero manteniendo íntegramente su redacción inicial, se produce la convalidación del posible exceso en que hubiera podido incurrir el Gobierno en el ejercicio de la refundición legislativa.

Por estas razones, el Tribunal inadmite la presente cuestión de inconstitucionalidad, no sin antes insistir en que, de haberse admitido, debería haber sido desestimada. Entiende que el Gobierno no incurrió en exceso de delegación, puesto que la Ley 27/1995 de delegación, en su Disposición Final Segunda, autorizaba al Gobierno no sólo a la mera formulación de un texto único, sino que incluía la facultad, conforme al artículo 82.5 CE, de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hubieran de ser refundidos. El Tribunal reitera su doctrina de que la labor refundidora del Gobierno permite, incluso, "introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido" (STC 13/1992).

C) Recurso de amparo

a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: El recurso de casación para la unificación de doctrina sólo es exigible cuando no quepa duda respecto de su procedencia

La **STC 183/2007, de 10 de septiembre,** estima el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de mayo de 2002 que confirmaba en suplicación la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de 14 de abril de 2003 sobre una posible discriminación de carácter sindical. Los demandados en amparo sostenían la inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haberse formulado recurso de casación para la unificación de doctrina por la parte recurrente.

El Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre la especial naturaleza del recurso de casación, condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de admisión. Por ello, considera que la interposición de este recurso no resulta siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial; únicamente será exigible cuando no queda duda respecto de su procedencia. Además, ha destacado el Tribunal que corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad acreditar la posibilidad de recurrir a esta vía en el supuesto concreto (STC 153/2004, entre otras). Dado que, a juicio del Tribunal, en este caso no se acreditó por la parte demandada la posibilidad de interposición de este recurso, su no interposición no determinó la inadmisión de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa.

b) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No es suficiente la invocación previa del precepto constitucional infringido si dicha invocación planteaba un problema distinto

c) Invocación por el Tribunal Constitucional de motivos distintos de los alegados por el demandante (artículo 84 LOTC)

La **STC 201/2007, de 24 de septiembre,** resuelve el recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2003. En este caso las recurrentes, profesoras de religión católica en centros públicos de enseñanza primaria, alegaban la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE debido a que no se les había aplicado la equiparación salarial con los profesores interinos, acordada mediante Convenio firmado en 1993, como sí se les había aplicado a otros profesores de religión que la habían reclamado y obtenido en vía administrativa o judicial durante la vigencia del mencionado Convenio. El Abogado del Estado opuso una objeción procesal de admisibilidad, toda vez que faltaba el requisito de la previa invocación del derecho vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]. Consideraba que, aunque en el previo recurso de casación para unificación de doctrina las demandantes de amparo habían alegado vulneración del artículo 14 CE, lo habían hecho en un sentido distinto al que ahora aducían en amparo. En casación, habían denunciado la diferencia de tratamiento salarial de los profesores de religión con respecto a los profesores interinos contratados para impartir las restantes materias, alegando incluso la existencia de una discriminación por motivos religiosos.

El Tribunal Constitucional recuerda su propia doctrina sobre la interpretación marcadamente antiformalista del requisito de la previa invocación del derecho vulnerado, según la cual no se exige la mención de un *nomen iuris* o la cita concreta y numérica del derecho. Pero considera que tampoco basta la expresa invocación numérica en la vía previa cuando lo que se suscita con ésta es –como en este caso– un problema distinto del planteado en amparo. En consecuencia, declara la inadmisibilidad de la demanda de amparo en lo relativo a la pretendida vulneración por la resolución recurrida del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del artículo 14 CE por no haberse invocado formalmente en el proceso judicial el derecho constitucional vulnerado.

Sin embargo, después de esta declaración de inadmisibilidad, el Tribunal Constitucional invoca el artículo 84 LOTC para analizar la posible vulneración por la resolución recurrida del artículo 14 CE en su faceta de igualdad en la aplicación judicial de la ley, según había puesto ya de manifiesto en su providencia de 23 de noviembre de 2006. El Tribunal aborda el análisis de este nuevo motivo alegado por él mismo para terminar concluyendo –después de aplicar su propia y consolidada doctrina– que no se ha producido vulneración del artículo 14 CE en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley y desestima la demanda de amparo.

Javier García Roca
Pablo Santolaya Machetti
Raúl Canosa Usera
Rafael Bustos Gisbert
Encarna Carmona Cuenca
Isabel Perelló Domenech
Joaquín Brage Camazano
María Díaz Crego
Ignacio García Vitoria
Miguel Pérez-Moneo

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). a) Uso de armas no previsto por la ley. Vulneración del artículo 2. b) La omisión de la obligación positiva del Estado de abrir una investigación para esclarecer los hechos y ofrecer información de lo acaecido permite considerar fundadas las denuncias. C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Tratos inhumanos y degradantes: mantener esposado a un recluso esquizofrénico durante 7 días las 24 horas constituye un trato inhumano. b) La prostitución como trato degradante: el TEDH renuncia a pronunciarse sobre el carácter intrínsecamente degradante de la prostitución voluntaria. c) La situación de violencia en el país (Afganistán) al que es enviado un solicitante de asilo no supone un trato inhumano si no se demuestra la existencia de un peligro real y directo para el recurrente. D) Garantías del proceso (artículo 6). a) La limpieza étnica puede ser considerada genocidio (artículo 7 CEDH) y la jurisdicción universal de los tribunales alemanes (o españoles) en esta materia no es contraria al artículo 6.1 del CEDH. b) Tasas de acceso a la justicia y proporcionalidad de las restricciones al derecho de acceso a los tribunales (artículo 6.1 CEDH). c) Derecho a un juicio justo: lesión por la inadmisión de una apelación como consecuencia de la ausencia del previo pago multa desproporcionada (artículo 6.1 CEDH). d) Presunción de inocencia: se extiende más allá de los procedimientos penales. La retirada de ayudas administrativas avaladas por los Tribunales administrativos en virtud de la comisión de un delito que no resulta probado en el juicio penal constituye una lesión al derecho a la presunción de inocencia (artículo 6.2 CEDH). E) Derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). a) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) en conexión con la igualdad de derechos de los esposos en relación con sus hijos (artículo 5 del Protocolo 7): Adopción de niños sin el consentimiento del padre natural y prevalencia del superior interés del menor.

b) Las investigaciones disciplinarias a los funcionarios y sus oficinas deben estar previstas en las leyes. c) Inviolabilidad del domicilio y características del consentimiento que ha de prestarse para la realización de un registro domiciliario. d) Derecho al nombre. Incluye, en principio, el derecho de los progenitores a elegir el nombre de los hijos. e) Derecho al cambio de sexo: no se pueden retrasar *sine die* los desarrollos legislativos necesarios para hacerlo plenamente efectivo. Fallo condenatorio conteniendo un plazo para el cambio legislativo e imponiendo una sanción en caso contrario. F) Libertad de expresión (artículo 10). a) Libertad de expresión política. El derecho a ser informado por fuentes y medios diferentes debe ser tenido en cuenta por las autoridades antes de adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión. b) La reproducción de comunicados o declaraciones de una organización terrorista en las que no hay incitación a la violencia o al odio está protegida por la libertad de expresión. c) Diversas condenas a periodistas con vulneración del artículo 10. d) Libertad de expresión y proporcionalidad de las restricciones a ésta en diferentes contextos. G) Libertad de reunión y de asociación (artículo 11 CEDH): La constatación de la responsabilidad civil de los participantes en un paro sindical puede vulnerar la libertad sindical. H) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1). a) Derecho de propiedad e inversiones extranjeras. b) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1) y obligación de la valoración del valor cultural de los bienes expropiados. c) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1), usucapión, aprovechamientos para pastos y registro de la propiedad agraria en el Reino Unido. d) La declaración de "expropiabilidad" futura de un bien puede suponer una restricción del derecho de propiedad. I) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH): Derecho a ser elegible y proporcionalidad de los requisitos fijados por la ley electoral para el ejercicio de este derecho. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE): Protección de la salud en el ámbito laboral invocando un ampliado derecho a la integridad. B) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE): Análisis de sangre lesivo del derecho a la intimidad de un conductor (artículo 18.1 CE). C) Derecho al acceso a cargos públicos representativos (artículo 23 CE). a) Interpretación estricta de la prohibición de alterar las papeletas de votación (artículo 23 CE). b) Suma de votos de coaliciones electorales (artículo 23.2 CE). D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). a) La declaración de paternidad

basada en la negativa injustificada de someterse a prueba biológica vulnera el derecho cuando la práctica de esa prueba ni siquiera se había acordado judicialmente. b) Irrelevancia, a efectos del artículo 24 CE, de la falta de asistencia letrada en declaración policial que luego no opera como prueba de cargo; denegación de comisiones rogatorias justificada por no ser decisivas para el fallo. c) La inadmisión por extemporánea de demanda contencioso-administrativa presentada en la mañana siguiente del vencimiento del plazo, conforme a la LEC, impide disponer del plazo en su integridad y es contraria al artículo 24.1 CE. d) Desproporcionada negación del acceso a la jurisdicción al negar legitimación procesal activa a un sindicato que recurre un acuerdo administrativo municipal en materia organizativa (comisión de servicios como bomberos de funcionarios de otro tipo).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y modificación del Registro Civil en aras de hacer constar el cambio de sexo de un transexual. B) Derecho Fundamental a la igualdad, discriminación por razón de sexo. Indemnización al demandante por causar baja en el servicio militar por razón de su homosexualidad. C) Derecho Fundamental a la intimidad (artículo 18 CE). Impugnación por parte de la Fundación del Movimiento Ciudadanos anti-sida y otras asociaciones de una Orden Ministerial de 2000 por la que se crea un fichero de carácter personal gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, relativo al Sistema de información sobre nuevas infecciones SINIVIH. D) Derecho de asociación (artículo 22 CE) y "base razonable" de la decisión que inadmite como socio de un club de golf. E) Derecho fundamental al ejercicio de cargo representativo (artículo 23.2 CE). a) Derecho a ejercer el cargo de Alcalde con las atribuciones previstas en la Ley, Presidencia de Comisiones Informativas. b) Lesión del derecho fundamental al cargo representativo al no impedir el Alcalde de un Ayuntamiento que durante la celebración del Pleno se procediera por personas ajenas a la Corporación a la lectura de un manifiesto referido a cuestiones que iban a ser objeto de debate y votación. F) Extranjero. a) Nacionalidad. a') Suficiente grado de integración y arraigo en la sociedad española. b') Impugnación de la Sentencia de la Audiencia Nacional que anula la resolución administrativa denegatoria de su concesión. c') Impugnación de la denegación de concesión de la nacionalidad española por no haberse acreditado el requisito de la integración suficiente en la sociedad española. b) Asilo. c) Expulsión de territorio nacional. Expulsión de ciudadano búlgaro. d) Indefensión y justicia jurídica gratuita.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se examina la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2007.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Durante este período, el TEDH ha dictado un total de 279 sentencias, una pequeña parte de las cuales, como siempre, pueden ser suprimidas del total ya que eran desistimientos. Una de ellas fue dictada por la Gran Sala, haciendo el número 190 desde 1999: **J.A.Pye (Oxford) Ltd & J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Reino Unido**.

La sentencia más importante del trimestre es, sin duda, la dictada en el asunto **Jorgic contra Alemania**, con relación a la jurisdicción universal extraterritorial de los tribunales alemanes con relación a la persecución del delito genocidio (incluyendo la limpieza étnica) en Bosnia, aun cuando no exista punto de conexión (nacionalidad, lugar de comisión, etc.) con ese país, competencia que no se considera contraria al Convenio, lo cual tiene también lógicas e inmediatas consecuencias con relación a España y las competencias igualmente de jurisdicción universal de la Audiencia Nacional española, algo sobre lo que el TC se había pronunciado ya en su STC 237/2005, de 26 de septiembre.

Como es habitual en estas crónicas, un tanto por ciento considerable de las sentencias del trimestre están dedicadas a constatar la existencia de dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales, destacando en esta ocasión Italia o Ucrania. Es digna de mención, por lo inusual, la condena a Alemania en el asunto **Nanning**, de 12 de julio de 2007, por unas dilaciones judiciales relacionadas con la denegación de derechos de visita de un menor. También es destacable, una vez más, que España esté ausente de esta lista.

De las restantes, las más importantes son las siguientes:

Condenas a Rusia por desapariciones y muerte en Chechenia de familiares de los recurrentes con vulneración del artículo 2 y otros: **Alikhadzhiyeva contra Rusia**, de 5 de julio (un hijo del recurrente) **y Magomadov y Magomadov contra Rusia de** 12 julio de 2007 (un hermano).

Condena por abuso de una menor basada exclusivamente en el testimonio escrito de la menor, que no está presente en el juicio y a la que no ha podido interrogar, apreciando violación del artículo 6.1 y 6.3: **Kovač contra Croacia,** de 12 de julio de 2007.

Condena a Rusia por haber prohibido sin base legal, que fuera previsible para el demandante de modo razonable, el registro de la denominación de "Cartas al Presidente" para un periódico so pretexto de que inducía a la confusión con una publicación de carácter oficial. Al carecer de base legal, la injerencia en la libertad de expresión no está justificada: **Dzhavadov contra Rusia.**

B) Derecho a la vida (artículo 2)

a) Uso de armas no previsto por la ley. Vulneración del artículo 2

En el asunto **Celniku contra Grecia**, de 5 de julio de 2007, los recurrentes son dos ciudadanos albaneses que denuncian que la policía griega había empleado una fuerza desproporcionada en la muerte de su hermano durante su detención, que los hechos no habían sido suficientemente investigados y que había existido discriminación por su origen albanés. El Tribunal considera que en la fecha de los hechos la utilización de las armas por los agentes del Estado estaba regida por una normativa obsoleta e incompleta, y que, aunque la muerte no puede ser imputada a las autoridades nacionales, éstas no han tomado las precauciones necesarias para reducir los riesgos que implicaba la operación, por lo que ha existido vulneración del artículo 2. También considera que ha faltado independencia y efectividad en la investigación, pero afirma que no se ha demostrado, más allá de toda duda razonable, que el comportamiento de los agentes estatales haya sido motivado por perjuicios racistas hacia personas de origen albanés.

b) La omisión de la obligación positiva del Estado de abrir una investigación para esclarecer los hechos y ofrecer información de lo acaecido permite considerar fundadas las denuncias

El caso **Musayev y otros contra Rusia,** de 26 de julio de 2007, es un episodio más de la cadena de violaciones de derechos humanos en Chechenia. Cinco recurrentes denuncian la desaparición y muerte de varios de sus parientes en Grozny tras el bombardeo de la ciudad en 1999 y la posterior entrada de las tropas rusas. El TEDH estima violado el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) tanto por la muerte de los parientes de los recurrentes como por la violación del Estado demandado de la obligación positiva de conducir una investigación efectiva. En efecto, requerida Rusia por la Corte para aportar información y documentación complementaria sobre las investigaciones seguidas para esclarecer los hechos con el fin de constatar la efectividad de las medidas adoptadas, no fue recibida respuesta suficiente. El Tribunal extrae consecuencias evidentes de esta negativa u omisión sin ofrecer explicaciones: en estos procedimientos en que un individuo acusa a un Estado, el rechazo de éste a facilitar información permite deducir consecuencias acerca de lo fundado de las denuncias. Previamente se realiza un pronunciamiento de alcance general (§145): el Tribunal es sensible a la naturaleza subsidiaria de su rol y reconoce que no debe asumir de hecho el papel de un tribunal de primera instancia; no obstante, los derechos absolutos de los artículos 2 y 3 demandan "un particularmente estricto escrutinio".

C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

a) Tratos inhumanos y degradantes: mantener esposado a un recluso esquizofrénico durante 7 días las 24 horas constituye un trato inhumano

En **Kucheruk contra Ucrania**, de 6 de septiembre de 2007, el TEDH resuelve la reclamación de la madre de un recluso esquizofrénico (y a la postre declarado mentalmente incapaz) por el trato recibido durante su estancia en la cárcel y en hospitales psiquiátricos dependientes del Estado. Trato que incluyó lesiones causadas por las porras de los funcionarios de prisiones en las ocasiones en que se resistió y, sobre todo, su internamiento en una celda de castigo durante 7 días permanentemente esposado. El tribunal, además, considera que se violó el derecho a una investigación imparcial de los hechos pues ésta se encomendó a la misma autoridad bajo cuya supervisión se produjeron tales maltratos.

b) La prostitución como trato degradante: el TEDH renuncia a pronunciarse sobre el carácter intrínsecamente degradante de la prostitución voluntaria

En **Tremblay contra Francia**, de 11 de septiembre de 2007, el TEDH se enfrenta a una demanda de una mujer que considera que los gastos derivados de la seguridad social como trabajadora autónoma girados por las autoridades administrativas francesas la habían obligado a continuar ejerciendo la prostitución en contra de su voluntad de dejar tal profesión. El TEDH expresamente pone de manifiesto la inexistencia de un consenso europeo acerca del carácter intrínsecamente degradante de la prostitución recordando que conviven en Europa aproximaciones *abolicionistas* al problema (como Francia), aproximaciones *prohibicionistas* y, por último, aproximaciones *reglamentistas*, por lo que opta por no pronunciarse al respecto, si bien recordando que la prostitución obligada resulta en todo caso degradante. Por ello, se limita a examinar en el caso concreto si realmente las autoridades francesas colocaron a la recurrente en la situación de obligarla a prostituirse. No siendo, a su juicio, esta versión acorde con la realidad, el tribunal no condena a Francia. La decisión es contestada en un voto particular en el que se cuestiona la afirmación de la inexistencia de un consenso europeo respecto al carácter degradante de la prostitución *per se* y, por el otro, se denuncia la actitud de las autoridades estatales al adoptar una postura abolicionista (que debería llevar aparejada la consideración de la mujer prostituida como una víctima y por ello digna de protección) y simultáneamente imponer gravámenes fiscales sobre la actividad.

c) La situación de violencia en el país (Afganistán) al que es enviado un solicitante de asilo no supone un trato inhumano si no se demuestra la existencia de un peligro real y directo para el recurrente

En **Sultani contra Francia**, de 20 de septiembre de 2007, el TEDH avala la expulsión a Afganistán del hijo de un antiguo dirigente del partido comunista porque la mera existencia de una situación de violencia en el país al que es deportado no implica violación del artículo 3. Además el recurrente no demuestra su pertenencia a un grupo minoritario particularmente amenazado, puesto que ser el hijo de un antiguo dirigente comunista no

implica que personalmente esté expuesto a un riesgo de represión en Afganistán. Igualmente rechaza el Tribunal la alegación por el recurrente del artículo 4 del Protocolo 4 (prohibición de expulsiones colectivas) en cuanto que el asunto fue estudiado de forma individualizada y suficiente por las autoridades francesas.

D) Garantías del proceso (artículo 6)

a) La limpieza étnica puede ser considerada genocidio (artículo 7 CEDH) y la jurisdicción universal de los tribunales alemanes (o españoles) en esta materia no es contraria al artículo 6.1 del CEDH

Jorgic contra Alemania, de 12 de julio de 2007, es, probablemente, el caso más interesante del trimestre, tanto en sí mismo considerado como por sus repercusiones en nuestro país. En él, el recurrente, bosnio de origen serbio, primer condenado en Alemania por genocidio por actos de limpieza étnica, considera que se han vulnerado los artículos 5.1 y 6.1 porque los tribunales alemanes carecen de jurisdicción. También, y al margen de otras alegaciones de menor interés, señala que la acusación vulnera el artículo 7.1 porque la amplia interpretación que han hecho los tribunales del delito de genocidio no tiene fundamento en el derecho público internacional alemán.

La Corte considera que el asunto debe ser analizado desde la óptica de la exigencia de que el Tribunal se encuentre "establecido por la ley" y que, de acuerdo al Código Penal Alemán, los tribunales tienen jurisdicción para juzgar a personas por genocidio cometido fuera del país al margen de la nacionalidad del acusado o de las víctimas. Se establece por tanto el principio de jurisdicción universal, interpretación que coincide, señala el TEDH, con la mantenida por la Audiencia Nacional española. Considera que no hay vulneración del artículo 6.1 ni del 5.1 en lo que se refiere a la detención y enjuiciamiento por un tribunal competente.

Con relación a la vulneración del artículo 7, afirma que ese precepto implica que el delito debe estar claramente definido por la ley, lo que de manera inevitable implica elementos de interpretación judicial, por lo que es papel del TEDH decidir si la interpretación de los tribunales nacionales acerca del genocidio y, en particular, de su "intención de destruir un grupo como tal" puede ser aplicada a los actos de limpieza étnica cometidos y considera que, efectivamente, el intento de destruir el grupo de musulmanes de la región de Doboj como unidad social puede ser incluido en el ámbito del genocidio, de manera que aunque reconoce que existían opiniones contrarias a una interpretación tan amplia del término, también existían, ya en ese momento, opiniones favorables a su aplicación tal como lo hacen los tribunales alemanes por lo que no existe vulneración del artículo 7.

b) Tasas de acceso a la justicia y proporcionalidad de las restricciones al derecho de acceso a los tribunales (artículo 6.1 CEDH)

En el asunto **MEHMET y SUNA YIĞT contra Turquía**, de 17 de julio de 2007, el TEDH analiza si la exigencia de determinadas tasas para el acceso a los tribunales impuesta a los recurrentes vulnera su derecho a acceder a la justicia, reconocido en el artículo 1 CEDH.

En el presente caso, la hermana de los recurrentes, operada en un Hospital Universitario turco, sufrió graves daños físicos debidos, según alegaban los recurrentes, a la negligencia de los médicos que la atendieron. Los recurrentes, tras solicitar la reparación de esos daños a la Universidad de la que dependía el Hospital, decidieron acudir a la vía contenciosa. Sin embargo, para acceder a ésta debían pagar una cantidad que ascendía al equivalente a cuatro veces el salario mínimo interprofesional fijado en el momento. Los recurrentes solicitaron el beneficio de justicia gratuita, que les fue denegado aun tras acreditar su falta de recursos. El TEDH, tras subrayar que el derecho de acceder a los tribunales reconocido en el artículo 6 CEDH no es un derecho absoluto y puede verse restringido por la exigencia de tasas de acceso a la justicia como la exigida a los recurrentes, señala que, no obstante, toda restricción a ese derecho deberá perseguir un objetivo legítimo y ser proporcionada. En el caso objeto de estudio, el TEDH, tras aplicar el test de proporcionalidad, subraya el carácter desproporcionado de la medida teniendo en cuenta dos hechos: que la cantidad exigida a los recurrentes era excesivamente alta para el nivel de vida de la época y el país y que los recurrentes acreditaron ampliamente su falta de medios económicos y aun así no se les concedió el beneficio de justicia gratuita.

c) Derecho a un juicio justo: lesión por la inadmisión de una apelación como consecuencia de la ausencia del previo pago multa desproporcionada (artículo 6.1 CEDH)

En **Loncke contra Bélgica**, de 25 de septiembre de 2007, se resuelve el supuesto de un ciudadano belga (propietario de un taller de reparaciones) condenado en primera instancia a pagar impuestos atrasados (por un total de 908,000 euros) y una multa (por un total de 1,817.000 euros) y que vio rechazada su apelación por no haber adelantado el pago antes de la apelación (requisito necesario según la legislación belga para la admisión a trámite de ésta). El TEDH recupera su jurisprudencia anterior sobre la cuestión (referida a la casación francesa) y recuerda que exigir el pago de una sanción para admitir a trámite un recurso puede ser conforme con el Convenio si se atiende a las circunstancias concretas del caso, en especial la situación económica del sujeto afectado y la cuantía de la sanción. Sin embargo, en el supuesto tratado se produce una evidente desproporción entre la cantidad a pagar y la situación económica del recurrente que conduce a una violación del derecho a un juicio justo en cuanto impide *de facto* el acceso a la justicia del recurrente.

d) Presunción de inocencia: se extiende más allá de los procedimientos penales. La retirada de ayudas administrativas avaladas por los Tribunales administrativos en virtud de la comisión de un delito que no resulta probado en el juicio penal constituye una lesión al derecho a la presunción de inocencia (artículo 6.2 CEDH)

En **Vassilios Stavropoulos contra Grecia**, de 27 de septiembre de 2007, el TEDH resuelve el recurso planteado por un ciudadano griego como consecuencia de la retirada de una ayuda estatal (el disfrute de una casa) ante la comisión de una ilegalidad penal en la declaración de los bienes realizada para acceder a ella. Sin embargo, los jueces penales

declaran la inocencia del recurrente en aplicación del principio *in dubio pro reo* al no poder demostrarse la intencionalidad de defraudar del recurrente al ocultar información a la Administración. Pese a ello los Tribunales contencioso-administrativos avalan la actuación de la administración al entender que la inocencia del recurrente derivaba sólo de la aplicación del antecitado principio respecto a su intención, y no de su verdadera inocencia en la ocultación de datos. Ante esta situación el TEDH recuerda que la presunción de inocencia no se aplica únicamente a los procedimientos penales, sino que ha de extenderse a otros procedimientos cuando sea relevante para su resolución. Los tribunales administrativos al dar por sentada la culpabilidad penal del recurrente violaron, por tanto, el derecho a la presunción de inocencia.

E) Derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8)

a) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) en conexión con la igualdad de derechos de los esposos en relación con sus hijos (artículo 5 del Protocolo 7): Adopción de niños sin el consentimiento del padre natural y prevalencia del superior interés del menor

El caso **Chepelev contra Rusia**, de 26 de julio de 2007, pone en conexión el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 con un precepto del sistema del convenio escasamente transitado: el artículo 5 del Protocolo 7 relativo a la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en relación con sus obligaciones de derecho privado y en particular respecto de sus hijos. Si bien el caso se desestima desde la óptica del artículo 8.

Los hechos son los siguientes. Un matrimonio tiene una hija, luego se separan y el marido parte a vivir a otra ciudad en una distante región de Rusia. La esposa comienza a vivir con otro hombre y presenta una demanda de divorcio que culmina en una sentencia que concede la custodia de la hija a la madre, que, más adelante, contrae matrimonio con su nueva relación afectiva, solicitando el segundo marido adoptar a la niña. El padre natural se opone a la adopción. Pero el órgano judicial correspondiente concede la adopción considerando, de un lado, que la decisión redundará en interés del menor, dado que el padre natural vive a distancia, y no ha participado en la crianza del niño ni ofrecido soporte financiero alguno, y, de otro, que el padre adoptivo convive con la madre y el niño le considera como su verdadero padre.

El TEDH estatuye que existe entre los padres naturales una vida familiar respecto del niño, aunque ya no cohabiten, y, en consecuencia, que el caso cae sobre la órbita del artículo 8. Y resuelve que la interferencia en el derecho estaba prevista en la ley, fue adoptada en búsqueda del mejor interés del niño, así como que el consentimiento del padre no era exigible si ya no vivía con el menor por "razones inadecuadas".

A la luz de esta jurisprudencia y efecto de cosa interpretada entendemos que debe ser leído el artículo 177 del Código Civil, respecto de los efectos de la audiencia a los padres que no hayan sido privados de su patria potestad, si bien el TEDH se ciñe en buena medida a la previsión legal.

b) Las investigaciones disciplinarias a los funcionarios y sus oficinas deben estar previstas en las leyes

El caso **Peev contra Bulgaria**, de 26 de julio de 2007, estima una violación del artículo 8 CEDH, así como de los artículos 10 (libertad de expresión), y 13 (derecho al recurso efectivo). El asunto arranca de una impresionante secuencia de penosos hechos acaecidos en Bulgaria dentro de la Oficina del Fiscal del Tribunal Supremo. Uno de los Fiscales se suicida y deja una nota aduciendo las presiones del Fiscal Jefe y pidiendo su dimisión. El actor en Estrasburgo, también Fiscal de la misma oficina y compañero del fallecido, mandó una carta a un periódico denunciando la situación de la fiscalía, donde no se seguían investigaciones respecto de las personas "de alto nivel del ejecutivo", así como la atmósfera de miedo, "paranoia" e insultos en la que trabajaban, al tiempo que se decía que el Fiscal Jefe, al que se tachaba de enfermo mental, había llegado incluso a agredir a su esposa y a una juez. A resultas de la denuncia periodística, el actor fue despedido, la policía le impidió la entrada en la oficina sin poder acceder a su despacho y se le abrieron un expediente disciplinario y un proceso penal.

El TEDH estima que las investigaciones a los funcionarios públicos y sus oficinas vienen cubiertas por el artículo 8 CEDH y que las medidas adoptadas en el caso no estaban previstas en las leyes.

c) Inviolabilidad del domicilio y características del consentimiento que ha de prestarse para la realización de un registro domiciliario

En el asunto **KUČERA contra Eslovaquia,** de 17 de julio de 2007, se plantea la eventual vulneración de un importante número de derechos reconocidos en el CEDH, en concreto, el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5.3 y 5.4), y el derecho al respeto de la vida familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8 CEDH). Estas violaciones tendrían su origen en los sucesos acaecidos en el marco de una investigación por extorsión en la que se habrían visto envueltos el recurrente y su esposa. Ambos fueron detenidos en su domicilio, a primera hora de la mañana, por un grupo de agentes armados que, sin orden judicial, registraron su casa y los condujeron a dependencias policiales. Tras su detención, el recurrente fue mantenido en prisión durante más de tres años, sin permitirle ver a su esposa por un período de trece meses.

Además de considerar vulnerado el artículo 5.3 y 5.4 CEDH, el TEDH analiza la eventual vulneración del artículo 8 CEDH derivada de la negativa a autorizar el encuentro de los dos esposos durante trece meses y de la entrada en el domicilio de ambos sin autorización judicial. En relación con la imposibilidad de los dos esposos de verse durante tan largo período de tiempo, el TEDH subraya que, si bien la medida es una restricción importante al derecho a la vida privada, ésta podía justificarse en caso de cumplir los requisitos del artículo 8.2 CEDH. La aplicación de estos requisitos lleva al TEDH a constatar la falta de proporcionalidad de la medida en cuanto, señala el TEDH, el objetivo de proteger la investigación policial en curso y de evitar cualquier transferencia de datos

entre esposos, se habría evitado con encuentros controlados, en los que una autoridad estuviera presente.

El TEDH analiza, igualmente, la eventual vulneración del artículo 8 CEDH que se derivaría de la entrada de varios policías en el domicilio de los esposos sin previa autorización judicial. El gobierno eslovaco señala, en su defensa, que la entrada domiciliaria fue consentida por el recurrente. Sin embargo, el TEDH duda de la validez de un consentimiento prestado ante cuatro policías fuertemente armados y encapuchados que se presentaron a primera hora de la mañana en la casa del recurrente. A ojos del TEDH, ese consentimiento no puede entenderse válido y suficiente debido a la evidente situación de abuso de autoridad vivida. El TEDH vuelve a dar otro ejemplo, con esta sentencia, de la interpretación del CEDH en aras de reconocer y proteger derechos reales y efectivos y no derechos ilusorios.

d) Derecho al nombre. Incluye, en principio, el derecho de los progenitores a elegir el nombre de los hijos

En **Johansson contra Finlandia**, de 6 de septiembre de 2007, el TEDH resuelve una demanda de una pareja finesa contra las autoridades administrativas y judiciales de su país por negarse a inscribir a su hijo con un nombre (Axl Mick) debido a que la legislación vigente exige que la forma de los nombres inscribibles respete la práctica finesa. El tribunal entiende que la legislación nacional respecto a la elección de nombres responde a un interés público doble: la defensa de un niño frente a la imposición de nombres ridículos y la preservación de la práctica nacional respecto a los nombres. Razones que en el pasado habían llevado al TEDH a aceptar la negativa a inscribir determinados nombres en el registro (*Guillot contra Francia* o *Salonen contra Finlandia*). El nombre en cuestión no era ridículo ni perjudicaría al niño, siendo pronunciable en finés. Por ello, era perfectamente aceptable para un niño. Además otras personas habían sido inscritas en el registro con tal nombre, por lo que puede considerarse que había sido aceptado en Finlandia y no puede derivarse de ello consecuencia negativa alguna para la preservación de la identidad cultural y lingüística del país. Por todo ello, considera que se ha producido una violación del artículo 8 en cuanto el derecho a la vida privada familiar incluye el derecho de los padres a elegir un nombre para sus hijos.

En **Bulgakov contra Ucrania**, de 11 de septiembre de 2007, por el contrario, el TEDH entiende que el recurrente no podía solicitar el amparo del tribunal por no utilizar un procedimiento específico y relativamente sencillo para mantener su nombre en ruso (Dimitry) ante su ucranización (Dmitro) en algunos documentos.

e) Derecho al cambio de sexo: no se pueden retrasar *sine die* los desarrollos legislativos necesarios para hacerlo plenamente efectivo. Fallo condenatorio conteniendo un plazo para el cambio legislativo e imponiendo una sanción en caso contrario

En **L contra Lituania**, de 11 de septiembre de 2007, el TEDH se enfrenta al caso de un ciudadano nacido mujer y que desde muy temprana edad pretende obtener un cambio de sexo. La legislación lituana no permitía esos cambios, por lo que se vio privado du-

rante largo tiempo de la posibilidad de proceder a terapias hormonales y a la cirugía para conseguir su objetivo. Igualmente, encontró graves dificultades en otros ámbitos como en el cambio de nombre o en el cambio del número de su identidad (número que indica el sexo). El asunto se complica con la aprobación de un nuevo Código Civil que permite el cambio de sexo, si bien se remite a un desarrollo legislativo nunca aprobado para canalizar mediante las oportunas prestaciones médicas este tipo de demandas. Tras rechazar la lesión del artículo 3 alegada por el demandante (no se considera que el trato recibido tuviera una intensidad suficiente como para ello), el Tribunal considera que existe una lesión al derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH. En tal sentido recuerda que su jurisprudencia sobre la cuestión, aun dejando un cierto margen de apreciación nacional, exige que los Estados (en virtud de una obligación positiva nacida del artículo 8 CEDH) implementen el reconocimiento del cambio de sexo en transexuales tras su operación. Pero el caso en cuestión plantea otro aspecto. El Derecho estatal reconoce el cambio de sexo y el de su *status* civil, pero hay una laguna en la legislación en cuanto que no hay normas que regulen una cirugía completa de cambio de sexo. Hasta que tal normativa no sea adoptaba, no parece que exista ningún tipo de prestación médica para las personas en esa situación. Por ello, el recurrente se encuentra en una posición intermedia: un transexual no operado (habiendo sido operado sólo parcialmente) con documentos civiles importantes modificados en cuanto a su sexo. Pero hasta que no se le opere totalmente, no puede modificarse su código numérico de identificación (que le señala como mujer) y continúa siendo, por tanto, una mujer en determinadas situaciones de su vida (como búsqueda de trabajo o viajes al extranjero).

A juicio del Tribunal, las restricciones presupuestarias podían haber justificado un cierto retraso en la puesta en marcha de los derechos de los transexuales, pero pasados más de cuatro años desde la aprobación del Código Civil que los reconoce, tal legislación no ha sido aprobada. Dados los pocos casos de este tipo, no puede considerarse que el coste económico sea excesivo. Por ello entiende que no se han tenido en cuenta suficientemente los derechos de los transexuales y se ha lesionado el derecho a la vida privada del recurrente.

En los puntos 5 y 6 del fallo, el TEDH adopta una extraña fórmula en la medida en que establece que el Estado ha de aprobar la legislación prevista en el Código Civil sobre cambio de sexo de transexuales en el plazo de 3 meses, de modo que si no se adoptaran tales reformas a tiempo estaría obligado al pago de 40.000 euros. Este aspecto de la sentencia es contestado en uno de los votos particulares por considerar que tal solución puede conducir al Tribunal a actuar *ultra vires* en tanto que la supervisión de la correcta ejecución de una sentencia corresponde al Comité de ministros del Consejo de Europa y no al propio TEDH. En particular, critica que se adopte una medida general para reparar una queja individual, cuando el camino lógico era el contrario, acordar la indemnización al recurrente y sólo como medida secundaria haber apuntado la necesidad de adoptar una nueva legislación.

F) Libertad de expresión (artículo 10)

a) Libertad de expresión política. El derecho a ser informado por fuentes y medios diferentes debe ser tenido en cuenta por las autoridades antes de adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión

En **Çetin y Sakar contra Turquía**, de 18 de septiembre de 2007, el TEDH ha de resolver un recurso presentado por dos miembros de una organización turca de derechos humanos condenados a prisión (aunque suspendida en su ejecución) por publicar un artículo denunciando la violación de derechos en Turquía y por abogar por una solución pacífica al conflicto kurdo. El Tribunal recuerda que desde hace tiempo sostiene que la *expresión política* y sobre cuestiones de interés general requiere un alto nivel de protección que debe limitar la posibilidad de la persecución penal contra tales expresiones. Además, los autores son miembros de una asociación que tiene entre sus objetivos la información y sensibilización sobre la violación de derechos para contribuir a una sociedad democrática y la publicación no contenía ninguna incitación a la violencia, sino un posible atentado a la integridad territorial. Por último, las autoridades nacionales tampoco tuvieron en cuenta el derecho de los ciudadanos de ser informados a través de una diversidad de fuentes y de medios. Concluye, por tanto, la violación del Convenio por parte de las autoridades turcas.

b) La reproducción de comunicados o declaraciones de una organización terrorista en las que no hay incitación a la violencia o al odio está protegida por la libertad de expresión

En **Edel Tas (2 y 3) contra Turquía**, ambas de 18 de septiembre de 2007, el TEDH se enfrenta a un caso bastante habitual en su jurisprudencia: la sanción a un periódico por la reproducción de declaraciones de representantes de organizaciones terroristas. El TEDH recuerda su jurisprudencia anterior y, en concreto, que el ejercicio de la libertad de expresión también entraña *deberes y responsabilidades* para quien la ejerce. Especialmente cuando se reproducen declaraciones de personas pertenecientes a grupos terroristas, pues pueden otorgar una tribuna privilegiada para la difusión de mensajes a favor de la violencia y de rechazo a la democracia. Sin embargo, en el caso objeto de juicio, en las declaraciones no existe una incitación a la violencia ni un discurso del odio por lo que la injerencia no estaba suficientemente justificada.

c) Diversas condenas a periodistas con vulneración del artículo 10

Lionarakis contra Grecia, de 5 de julio de 2007. Se trata de un periodista que dirigía y presentaba una emisión radiofónica en directo en la que se discute la entrada ilegal a Grecia y posterior huida a Kenia de Abdulah Öcalan, jefe del Partido de los Trabajadores Kurdo. Un periodista invitado critica la actitud hiperpatriótica de algunas personas entre las que se encontraba un abogado que inicia un proceso por difamación que termina con la condena también del recurrente por no haber evitado como coordinador del programa las injurias a una indemnización de algo más de 160.000 euros. Recurrido en casación la Corte Suprema griega lo inadmite por considerar que el carácter desproporcionado de

la indemnización no es objeto de casación. El TEDH considera que en ese último sentido hay violación del artículo 6.1 de la Convención, y, en cuanto al fondo, que las autoridades nacionales no han aportado una justificación suficiente de la elevada cifra de la condena, y que, en ese sentido, no responde a una "necesidad social imperiosa". Por ello se condena a Grecia a algo más de 41 mil euros que el recurrente ya había pagado como indemnización, además de 7.000 euros por los gastos judiciales.

A/S Diena et Ozoliņš contra Letonia, de 12 de julio 2007. Se trata de la revisión de una condena a un periódico y un periodista por difamación como consecuencia de las informaciones sobre un proceso de privatización de una empresa petrolera en el que interviene el Ministro de Economía. Para el TEDH, el Gobierno de Letonia no rechaza la realidad de datos como que el Partido político que presidía el Ministro de Economía tenía relaciones financieras con las sociedades petroleras, que hasta que es nombrado ministro ésta gestionaba una sociedad petrolera, que en el momento en que es nombrado cambia la forma de pago de la privatización, cambio que es declarado contrario a la ley (…) y que aunque deducir de estos hechos que el Ministro tenía un interés personal en el asunto es un juicio de valor, no está totalmente desprovisto de base fáctica (…) ni puede considerarse malicioso (…) y que aunque utiliza en ocasiones términos con connotaciones penales, sin embargo, dadas las circunstancias del caso, no puede considerarse que se ha cometido un abuso de la libertad de expresión, por lo que en definitiva se ha vulnerado el artículo 10 de la Convención.

Flux (2) contra Moldavia, de 3 de julio. En este asunto se revisa una condena de 270 euros a un periódico por entenderse difamatorio un artículo en el que acusa a un político de la venta ilegal de una fábrica. El Tribunal considera que no es una medida necesaria en una sociedad democrática. Establece como daños pecuniarios el importe de la condena por difamación.

d) Libertad de expresión y proporcionalidad de las restricciones a ésta en diferentes contextos

En el asunto **ORMANNI contra Italia**, de 17 de julio de 2007, el TEDH analiza la eventual vulneración de la libertad de expresión de un periodista que se derivaría de la sanción económica que le impuso un tribunal penal italiano por la publicación de un artículo en el que, haciendo suyas las quejas de un empresario de la danza de la ciudad de Cosenza, hacía ver la presunta relación entre la persecución penal del empresario reseñado y ciertos amiguismos entre otros empresarios de la danza y el fiscal jefe de la ciudad de Cosenza.

El TEDH analiza el asunto desde la perspectiva de lo previsto en el artículo 10.2 CEDH. La sanción impuesta constituye una restricción a la libertad de expresión y estará legitimada tan sólo si aparece prevista en la ley, persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática. El último de los puntos es el centro del razonamiento del TEDH, que llega a la conclusión de que los motivos alegados para restringir la libertad de expresión del periodista no eran *pertinentes ni suficientes* y que la medida no resultaba *proporcionada* en

relación con el objetivo perseguido. Para alcanzar esta conclusión el TEDH tiene en cuenta varios puntos: la gravedad de la sanción económica que pudo ser impuesta al recurrente (no de la que se le impuso, que era sólo de 1.000 euros); la veracidad de los principales hechos narrados en el reportaje litigioso y su interés público cierto, y el hecho de que el fiscal jefe de la ciudad de Cosenza, principal afectado por el reportaje, tuviera oportunidad de responder a las críticas plasmadas en el artículo tan sólo unos días después de su publicación.

En el asunto **SANOCKI contra Polonia**, de 17 de julio de 2007, encontramos otro ejemplo de la aplicación del test de proporcionalidad indicado a una restricción de la libertad de expresión, si bien, en este caso, el protagonista y recurrente es el alcalde de una ciudad polaca que dirige una carta muy crítica e insultante al editor de una revista en la que se habían publicado más de cincuenta artículos muy duros con la gestión que estaba realizando su gobierno. El alcalde es sancionado por la publicación del artículo reseñado y considera que esa sanción conlleva la vulneración de su libertad de expresión. En esta ocasión, el TEDH tampoco considera proporcionada la restricción sufrida, aunque por motivos bien distintos a los reseñados en el asunto anterior. En primer lugar, el TEDH valora el contexto en que se publicó el artículo del alcalde y señala que el editor de la revista podía esperar que su crítica constante al gobierno local tendría como resultado una contundente respuesta de éste. En segundo lugar, el TEDH valora el hecho de que el recurrente sea un político electo y subraya que si la libertad de expresión es un bien precioso para cualquiera, más lo es para un político que ha de utilizarla para defenderse de posibles ataques contra su gestión. Ambas consideraciones llevan al TEDH a considerar infringido el artículo 10 CEDH.

G) Libertad de reunión y de asociación (artículo 11 CEDH): La constatación de la responsabilidad civil de los participantes en un paro sindical puede vulnerar la libertad sindical

El asunto **SATILMIŞ y otros contra Turquía**, de 17 de julio de 2007, analiza un supuesto llamativo en el que el TEDH se enfrenta a la eventual vulneración de la libertad sindical de unos funcionarios públicos a los que, tras abandonar los servicios en los que trabajaban durante unas horas para unirse a un paro convocado por el sindicato al que pertenecían, les fue atribuida responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por ese paro. Es de subrayar que el paro fue convocado para denunciar las injustas condiciones de trabajo de los funcionarios.

El TEDH subraya que la constatación de la responsabilidad civil de estos funcionarios ha de entenderse como una vulneración de su libertad de asociación en la medida en que ésta incluye el derecho a participar en las actividades convocadas por el propio sindicato para la defensa de los intereses del sector. La restricción a la libertad indicada podría ser legítima, subraya el TEDH, en caso de estar prevista por la ley y ser proporcionada. No obstante, la medida indicada, si bien estaba prevista por la ley, no podía entenderse proporcionada, ya que no existía ninguna otra vía legal y pacífica que el sindicato al que pertenecían los recurrentes pudiera utilizar para defender los intereses de sus afiliados. El TEDH constata así las restricciones a la libertad sindical que sufren los funcionarios turcos.

H) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1)

a) Derecho de propiedad e inversiones extranjeras

En el asunto **Bimer contra Moldavia,** de 10 de julio de 2007, la recurrente es una compañía con capital moldavo, americano y de las Bahamas que abre un *duty free* en 1998 en la frontera entre Moldavia y Rumanía, al amparo de un decreto presidencial de 1994 que permitía este tipo de establecimientos en todas las fronteras. En 2002 cambia la legislación restringiendo esas zonas a los aeropuertos y ordenando el cierre inmediato de todas las demás. El recurrente considera que se ha vulnerado su derecho a la propiedad privada en cuanto se le ha aplicado con efectos retroactivos y que en cualquier caso se le debería de haber dado el plazo de 10 años previsto en la ley de inversiones extranjeras. El TEDH, aparentemente primando la ley de inversiones extranjeras a la ley posterior sobre los *duty free*, considera que la orden de cierre inmediato no es "acorde con la ley" y que se ha vulnerado el derecho de propiedad, y condena a Moldavia al pago de una indemnización por daños pecuniarios de 520.000 euros.

b) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1) y obligación de la valoración del valor cultural de los bienes expropiados

En el caso **Kozacioglu contra Turquía,** de 31 de julio de 2007, la Corte de Estrasburgo entiende violada la garantía del derecho al respeto de los bienes (artículo 1 del Protocolo 1). Turquía expropia un bien de interés cultural y valor histórico sin tener en cuenta ese valor en el cálculo de la correspondiente indemnización.

Dos criterios de decisión seguidos tienen interés general. Se acude como pauta hermenéutica a dos Convenios del Consejo de Europa, respectivamente, para la salvaguardia del patrimonio arquitectónico y sobre el valor del patrimonio cultural. Y se hace una indagación de Derecho Comparado dentro de los estados miembros del Consejo de Europa sobre este asunto (de cara a impedir la excepción derivada de la doctrina del margen de apreciación nacional), poniendo de manifiesto que todos los países exigen una indemnización justa, o adecuada, o según el valor del mercado, o el valor corriente del bien, o su valor integral de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad, y que ningún Estado niega categóricamente que las características arquitectónicas e históricas del bien expropiado deban tenerse en cuenta en la cuantificación de la indemnización. A la vista de estos criterios, la Corte concluye que la expropiación no guardó un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la salvaguardia de los derechos del propietario. Un voto particular disiente y se acoge a la mencionada doctrina del margen nacional.

c) Derechos de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1), usucapión, aprovechamientos para pastos y registro de la propiedad agraria en el Reino Unido

En **J.A. (Oxford) Ltd y J.A. Pye (Oxford) contra el Reino Unido,** de 30 de julio de 2007, se produce una nueva condena a este país derivada de las especificidades de su tradicional

registro de la propiedad en un caso de usucapión y titularidad de un aprovechamiento de pastos (*grazing agreement*). El asunto es extremadamente complejo e importante para ese país y la Sentencia alberga varios interesantes Votos Particulares, pero la propia complejidad y especificidad del asunto hace imposible su síntesis en una crónica de estas características, sin perjuicio de que por su relevancia deba darse noticia y recordar que ya hemos reseñado en números anteriores otras condenas al Reino Unido por esta materia.

d) La declaración de "expropiabilidad" futura de un bien puede suponer una restricción del derecho de propiedad

En el asunto **ROSINSKI contra Polonia**, de 17 de julio de 2007, el TEDH analiza si la aprobación de un Plan de urbanismo que declaraba la futura expropiación de uno de los terrenos propiedad del recurrente, sin fijar el momento exacto en que había de producirse ésta, vulnera el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH. El TEDH, tras confirmar que la intromisión en el derecho señalada no puede considerarse una regulación del uso de la propiedad, sino una restricción/privación del derecho, analiza si esa restricción estaba prevista por la ley, perseguía fines legítimos y podía considerarse proporcionada. En este análisis, la proporcionalidad de la medida vuelve a ser el punto central del discurso del TEDH, que subraya la situación de incertidumbre a la que fue sometido el recurrente: el Plan de urbanismo estuvo vigente durante nueve años y a lo largo de ese período jamás se fijó el momento exacto en el que su terreno "expropiable" había de ser expropiado. Esta situación derivó en una notable pérdida de valor de terreno que no se vio acompañada de ningún tipo de compensación. A la luz de estas circunstancias, el TEDH estima que el perjuicio sufrido por el recurrente, que vio notablemente rebajado el precio de su propiedad por un período largo de tiempo y sin ningún tipo de compensación, era desproporcionado en relación con el fin que se pretendía conseguir.

l) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH): Derecho a ser elegible y proporcionalidad de los requisitos fijados por la ley electoral para el ejercicio de este derecho

En el asunto **KRASNOV y SKURATOV contra Rusia**, de 17 de julio de 2007, el TEDH vuelve a declarar la infracción del artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH por Rusia. En este caso, los dos recurrentes alegan que la vulneración de este derecho se habría producido porque las autoridades electorales rusas les negaron la posibilidad de presentarse a las elecciones a la Duna, a pesar de cumplir todos los requisitos fijados por la legislación electoral. En este sentido, el TEDH subraya que el derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo adicional al CEDH incluye el derecho a ser elector y elegible y que estos derechos, aun no siendo absolutos, sólo pueden ser restringidos si existe una previsión legal al respecto, si ésta persigue un interés legítimo y si la restricción es proporcionada. En el caso presente, ambos recurrentes habían visto restringido su derecho debido a que no presentaron en tiempo y forma información referida a su profesión y a su afiliación política. Ambas exigencias estaban previstas en la legislación electoral rusa y ambas perseguían el objetivo legítimo de informar correctamente a los electores sobre cuestiones esenciales referidas a sus futuros representantes. Sin embargo, el TEDH subraya que las exigencias formales ligadas a la acreditación de los datos profesionales y políticos de los

futuros candidatos no podían ser tales que impidieran de hecho el ejercicio del derecho. Lo relevante era que el elector contara con la información necesaria para efectuar una elección informada y no permitir a las autoridades rechazar las candidaturas de ciertos sujetos por no indicar la dirección correcta de su lugar de trabajo o presentar uno de los certificados sin un sello concreto, a pesar de su autenticidad cierta.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE): Protección de la salud en el ámbito laboral invocando un ampliado derecho a la integridad

STC 160/2007, de 2 de julio, Sala Primera. La recurrente en amparo es una especialista en análisis clínicos que alega lesión del derecho a la integridad física y moral producida por la orden del Imsalud de reincorporarse a su anterior puesto de trabajo, a las órdenes de un jefe de servicios al que la recurrente denunció por malversación de fondos (lo que originó un proceso penal en contra de este último, además de abrírsele expediente disciplinario).

La orden de reincorporarse provocó una depresión a la facultativa que demandó al Imsalud, demanda estimada por un juzgado de lo social. Sin embargo, el TSJ de Madrid no consideró que la situación objetiva vivida por la actora lesionase su derecho a la integridad, por cuanto que tal derecho protege frente a torturas, tratos inhumanos o degradantes.

El TC pasa revista a su doctrina sobre el derecho a la integridad y concluye el repaso con la proyección que de ella hace al ámbito laboral (STC 62/2007 en la que extendió el ámbito del derecho). Recuerda que basta el riesgo o peligro grave de que el daño a la salud se produzca para que deba apreciarse lesión del derecho. En el caso planteado el TC destaca la relación de causalidad entre la depresión sufrida por la trabajadora y la constatación de riesgo o daño que para ella entrañaba volver a trabajar bajo las órdenes de la persona a la que había denunciado. Estima el amparo al entender que para la recurrente en amparo la situación de hecho implicaba un riesgo grave para su salud.

El voto particular del magistrado Rodríguez Zapata reitera los argumentos vertidos ya en su voto discrepante a la STC 62/2007. Rechaza que el derecho a la integridad proteja contenidos que han de encuadrarse en el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), que no deja de ser un principio rector. Para el discrepante una cosa –admisible– es que el artículo 15 proteja contra peligros graves e inminentes para la salud (la doctrina originaria del TC) y otra que proteja (desde la STC 62/2007) frente dificultades previsibles en un ambiente laboral.

No hay duda de que la STC 160/2007 confirma la evolución abierta por la STC 62/2007 que, partiendo de una doctrina ya consolidada, flexibiliza la interpretación de lo que ha

de entenderse por peligro o riesgo grave para la salud. Parece que se integran más contenidos del artículo 43.1 CE en el artículo 15 CE. Pero esta vía puramente interpretativa de ampliación del derecho a la integridad acaso nos lleve demasiado lejos ya que no parte de un criterio objetivo para apreciar la gravedad que queda al albur de la mayor o menor intensidad con la que se afecte al libre desarrollo de la personalidad. El libre desarrollo de la personalidad del afectado, como ocurrió en otra memorable ampliación de derechos (STC 119/2001, derecho a la intimidad domiciliaria frente a contaminación), es la piedra de toque, difícil de concretar, que justificaría la ampliación.

B) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE): Análisis de sangre lesivo del derecho a la intimidad de un conductor (artículo 18.1 CE)

STC 206/2007, de 24 de septiembre, Sala Primera. El recurrente en amparo sufrió un accidente de tránsito mientras conducía bajo los efectos del alcohol. Ante la imposibilidad de practicarle la prueba de aire aspirado, la Guardia Civil solicitó al hospital que analizara la muestra de sangre, extraída por razones terapéuticas, para comprobar si había restos de alcohol. En efecto, los había y el accidentado fue, a la postre, condenado a la pena de cinco meses de multa y a la retirada del carné de conducir por tiempo de dos años.

El TC, partiendo de la distinción entre derecho a la intimidad y derecho a la integridad física, considera que no hubo lesión del derecho a la integridad pues, si bien la extracción de sangre es un intervención en la integridad, la sufrida por el recurrente se hizo por razones terapéuticas. En cambio hubo afectación de la intimidad pues, a instancias de la Guardia Civil, se analizó la sangre para comprobar si el ahora recurrente conducía bebido. El TC examina, siguiendo los pasos del juicio de proporcionalidad, si esta afectación de la intimidad fue legítima. Entiende que había un fin constitucionalmente legítimo (descubrir el delito) y la medida era idónea para alcanzarlo, pero ni hubo consentimiento del afectado ni autorización judicial y ni siquiera, en caso de que fuera una situación de urgencia, se comunicó inmediatamente al juez la solicitud del análisis sino que éste se incorporó como una prueba más. El TC la invalida por lesionar el derecho a la intimidad, pero concluye que no hubo lesión del derecho a la presunción de inocencia ya que había otras pruebas que demostraban la comisión del ilícito penal.

C) Derecho al acceso a cargos públicos representativos (artículo 23 CE)

a) Interpretación estricta de la prohibición de alterar las papeletas de votación (artículo 23 CE)

STC 167/2007, de 18 de julio, Sala Segunda. En este recurso de amparo, desestimado, el TC hace una interpretación estricta del artículo 96.2 LOREG que modifica o al menos matiza pronunciamientos anteriores, suyos y de las juntas electorales y tribunales. En este caso el TC considera bien anulada una papeleta (anulación que hace perder al PP su único concejal en Zahara de la Sierra) en la que el elector había escrito "Zapatero multiplícate por cero Shin Chan". El principio de inalterabilidad establecido por el citado artículo

96.2 LOREG ha sido, a juicio del TC, interpretado adecuadamente por la Junta electoral correspondiente y por el TSJ de Andalucía. Deja bien claro el TC que "(...) la existencia de cualesquiera modificaciones, adiciones, señales, marcas, tachaduras o cualquier tipo de alteración o determinación en las papeletas de voto ha de conducir a la aplicación de la declaración de nulidad prevista en el artículo 96.2 LOREG" (FJ 8º).

Esta citada doctrina también se aplica en las **SSTC 168/2007 y 169/2007** (en las que un candidato está tachado con un aspa), y en la **STC 170/2007** (en la que una línea oblicua cruza la papeleta), todas **de 18 de julio** y de la Sala Segunda. Estas sentencias han dado lugar a la Instrucción 12/2007, de la Junta Electoral Central (cualquier alteración de la papeleta anula el voto), publicada en el BOE núm. 263/2007, de 2 de noviembre.

b) Suma de votos de coaliciones electorales (artículo 23.2 CE)

STC 187/2007, de 10 de septiembre, Sala Segunda. Se trata de un recurso de amparo presentado por Convergencia i Unió contra resoluciones administrativas y judiciales que proclamaron diputados provinciales electos sumando los votos obtenidos en las elecciones municipales por dos coaliciones (Progrés Municipal, por un lado, y ERC-Acord Municipal, por otro). Para el recurrente, esta suma de votos no está justificada por ser coaliciones diferentes que se habían presentado con denominaciones específicas. Pero el actor no demuestra su tesis ni acredita la incidencia en el resultado final de la queja suscitada lo que imposibilita al TC para anular proclamaciones de electos. Se desestima el amparo.

La misma doctrina, que no entraña novedad aunque el supuesto de hecho sea relevante, se aplica a los casos resueltos por las **SSTC 188/2007, 189/2007, 190/2007, 191/2007, 192/2007, 193/2007 y 194/2007,** todas **de 10 de septiembre** y de la Sala Segunda.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

a) La declaración de paternidad basada en la negativa injustificada de someterse a prueba biológica vulnera el derecho cuando la práctica de esa prueba ni siquiera se había acordado judicialmente

Es conocida ya la jurisprudencia constitucional sobre la determinación de la paternidad y las pruebas biológicas (SSTC 7/1994 y 95/1999). En este caso, **STC 197/2007, de 11 de septiembre,** Sala Primera, los hijos que reclamaban como actores la paternidad frente al demandado propusieron mediante otrosí en la demanda la admisión y práctica de la prueba biológica, a lo que se opuso el demandado en la contestación a la demanda por no haber indicios serios de tal paternidad, que era inventada, a su juicio. Y la juez que conoció del caso en primera instancia, mediante providencia, denegó la admisión de esa prueba "sin perjuicio de que la oposición a la práctica de la prueba biológica de paternidad por parte del demandado pueda tener los efectos contenidos en la jurisprudencia existente". Y como en el acto del juicio la parte demandante solicitó de nuevo la práctica

de la prueba pericial biológica (petición a la que se adhirió el Ministerio Fiscal), la juez la rechazó también remitiéndose a lo argumentado en la antedicha providencia. La juez dictó a continuación sentencia declaratoria de la paternidad interesada, para lo que se basó, junto a otros indicios (testificales, cartas, fotografías, visitas de los supuestos hijos), en la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica. Interpuesto recurso ante la Audiencia Provincial, ésta confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Constitucional aprecia que no cabe hablar en este caso de "negativa injustificada" a someterse a la prueba, a efectos de deducir de ello un elemento indiciario probatorio de la paternidad, pues aquí sencillamente ningún tribunal "acordó" admitir ni practicar la prueba interesada, y el demandado simplemente se limitó a oponerse a la admisión y práctica de la prueba biológica propuesta por la actora, por lo que valorar ello como una supuesta "negativa injustificada", como hicieron el juzgado y la Audiencia, es partir de una premisa falsa en una interpretación manifiestamente irrazonable, por lo que se vulnera el derecho a una resolución fundada en Derecho. Formula voto particular discrepante el Magistrado Sr. Pérez Tremps.

b) Irrelevancia, a efectos del artículo 24 CE, de la falta de asistencia letrada en declaración policial que luego no opera como prueba de cargo; denegación de comisiones rogatorias justificada por no ser decisivas para el fallo

En la **STC 208/2007, de 24 de septiembre,** Sala Primera, se concluye, con relación a un proceso penal en que se condena al ahora recurrente en amparo, que la falta de garantías en la declaración policial sólo es constitucionalmente relevante, desde la perspectiva del artículo 24.2 CE, si genera indefensión material, por lo que la declaración policial prestada sin intérprete, asistencia letrada ni información de derechos, que se incorpora al atestado policial y a la causa judicial, pero que después no se valora como prueba de cargo, no vulnera el artículo 24 CE. Así pues, en este caso, en la medida en que las declaraciones policiales no tuvieron ninguna trascendencia material en la condena (se valoraron las prestadas en el juzgado, no las policiales), las eventuales irregularidades en la práctica de aquéllas no generaron indefensión material alguna.

Y la denegación por los órganos jurisdiccionales enjuiciadores de las comisiones rogatorias propuestas como prueba anticipada por el ahora demandante de amparo no vulnera el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, pues el recurrente no logra acreditar el carácter decisivo de la prueba denegada para la resolución final del pleito, a la luz de la argumentación esgrimida por los órganos judiciales. En efecto, a través de una de las comisiones rogatorias propuestas sólo se pretendía probar algo que ya estaba acreditado en las actuaciones por medio de documento (cuya ratificación se pretendía precisamente), documento que el órgano enjuiciador de segunda instancia ya manifestó, al denegarla, que iba a ser tenido en cuenta. Por medio de la segunda comisión rogatoria, en fin, lo que se pretendía acreditar fue a la postre irrelevante para la decisión de fondo de las sentencias que se recurren. Por ello, no se demuestra la decisividad en términos de defensa de la prueba denegada para la resolución final del proceso, y no hay vulneración del derecho.

c) La inadmisión por extemporánea de demanda contencioso-administrativa presentada en la mañana siguiente del vencimiento del plazo, conforme a la LEC, impide disponer del plazo en su integridad y es contraria al artículo 24.1 CE

En el caso analizado por la **STC 199/2007, de 24 de septiembre,** Sala Primera, se trataba de una demanda contencioso-administrativa frente a una desestimación por silencio de recurso administrativo por sanción medioambiental de una Comunidad Autónoma, demanda que fue inadmitida a trámite por extemporánea por los tribunales ordinarios sobre la base del artículo 46.1 LJCA (trascurso del plazo de 6 meses allí establecido para recurrir contra la denegación presunta por silencio administrativo), pues ésta se presentó al día siguiente de la expiración de dicho plazo de caducidad. La parte recurrente entendía que era errónea la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ya que éste fue interpuesto dentro de plazo, al haber sido presentado dentro de las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que tiene carácter supletorio para la presentación de escritos en el orden contencioso-administrativo. Así lo alegó en el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, que desestimó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia por entender que lo dispuesto en el artículo 135.1 LEC no resulta aplicable al plazo de caducidad señalado en la LJCA para la interposición del recurso contencioso-administrativo, que se computa de fecha a fecha, sin perjuicio de que lo dispuesto en aquel precepto sea de aplicación para la presentación de los restantes escritos en el proceso contencioso-administrativo. El Tribunal Constitucional concluye que dicha interpretación llevó a impedir que la sociedad demandante de amparo dispusiera enteramente del plazo legal para la interposición del recurso contencioso-administrativo, lesionando así su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Se basa para ello en su apreciación en este caso de "una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican", pues recuerda que las normas que establecen plazos para la evacuación de trámites procesales suponen "el reconocimiento del derecho a disponer del plazo en su totalidad", por lo que toda interpretación que produce como resultado final un acortamiento del plazo para el acceso a la jurisdicción impone un sacrificio desproporcionado de intereses que vulnera el derecho, valorándose que el tribunal ordinario no ofreció respuesta a la cuestión capital de "cómo y dónde" el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia por la LJCA, debería haber presentado la demanda, fuera del horario ordinario limitado en el que permanece abierto el Registro del tribunal contencioso-administrativo, para preservar su derecho a disponer del "plazo en su integridad".

d) Desproporcionada negación del acceso a la jurisdicción al negar legitimación procesal activa a un sindicato que recurre un acuerdo administrativo municipal en materia organizativa (comisión de servicios como bomberos de funcionarios de otro tipo)

En la **STC 202/2007, de 24 de septiembre,** Sala Primera, se trata de un caso en que, con relación a un recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo municipal que

acordó el nombramiento en comisión de servicios en puestos de bombero de seis funcionarios que desempeñaban otras funciones en la plantilla municipal (policías locales, conductor mecánico, conserje), la sentencia en apelación, en contra del criterio del juzgado de instancia, negó legitimación activa para ello a un sindicato por entender que cuando hay una "facultad autoorganizativa de la Administración" se "diluye o hace inexistente el interés concreto", de modo que no puede el sindicato impugnar una decisión municipal vinculada con una necesidad organizativa de la Administración, porque su interés resulta de mera defensa de la legalidad. El Tribunal Constitucional aprecia violación del derecho de acceso a la jurisdicción en el caso de la sentencia de apelación por llevar a cabo una interpretación rigorista y desproporcionada, pues si bien el sindicato no tiene una legitimación activa puramente abstracta, sino que tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, esto es, un "interés económico o profesional", éste no deja de existir por encontrarnos ante una materia propia de la potestad de organización de la Administración, y lo decisivo es la existencia de ese interés económico o profesional, que concurre indudablemente en este caso, ya que, de prosperar la impugnación, los funcionarios municipales en general, y en particular los afiliados al sindicato, tendrían al menos una legítima expectativa de poder acceder a los seis puestos afectados, siendo claro que lo que doctrinal y jurisprudencialmente identifica al interés mencionado es "la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial", tal como ocurriría en este caso.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y modificación del Registro Civil en aras de hacer constar el cambio de sexo de un transexual

La **STS de 17 de septiembre de 2007,** ponente: Vicente Luis Montes Penades, analiza la eventual vulneración de varios derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen, así como la infracción del artículo 10.1 CE, en lo que al libre desarrollo de la personalidad se refiere. En este asunto, la vulneración de los derechos indicados derivaría de la negativa de las instancias judiciales previas a autorizar la modificación del nombre y el sexo del actor en la inscripción registral correspondiente. El actor sufría disforia de género desde la infancia y había sido tratado de acuerdo con ella, no llegando a sufrir, sin embargo, la intervención quirúrgica que aproximaría su aspecto físico, en mayor medida, al de su sexo psicológico.

Según la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, la modificación de los datos registrales de un individuo en el sentido indicado requería, con carácter general, que él mismo hubiera sufrido una cirugía de reasignación de sexo. Sin embargo, a la luz de la modificación legal acaecida (Ley 3/2007, de 15 de marzo), y del análisis detallado de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de otros Estados europeos y del TEDH, el Tribunal Supremo concluye que, efectivamente, la exigencia señalada infringe el artículo 10.1 CE, impidiendo el libre desarrollo de la personalidad de los transexuales, en

la medida en que la cirugía de reasignación de sexo no consigue modificar plenamente el sexo biológico de una persona y que negar la modificación registral a un sujeto que cumple las características del actor (diagnóstico y tratamiento de la disforia de género), aunque no se haya sometido a la cirugía señalada, supone consentir una diferencia entre el sexo psicológico de una persona y su sexo legal, contradiciendo, de este modo, la jurisprudencia sentada por el TEDH desde sus sentencias Goodwin contra Reino Unido e I contra Reino Unido.

B) Derecho Fundamental a la igualdad, discriminación por razón de sexo. Indemnización al demandante por causar baja en el servicio militar por razón de su homosexualidad

En el supuesto examinado por la **STS de 19 de junio de 2007** (ponente: Sr. Herrero Pina), el actor se incorporó al servicio militar después de jurar bandera y, según afirma en la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración, fue tratado de forma vejatoria y denigrante por sus superiores. Con posterioridad, fue excluido del servicio militar por causa de su homosexualidad, en aplicación del Reglamento de la Ley del Servicio Militar, y tal situación le generó daños y lesiones graves e irreversibles por la severa discriminación sufrida durante largos años, que afectó al ámbito laboral y ético-social al constar su condición homosexual en un documento que afecta a su derecho al honor, intimidad, igualdad y libertad sexual.

La Sala de instancia valora las circunstancias concurrentes, en particular, que la exclusión del servicio militar se realiza en el año 1979, y se ratifica en 1991 y 1995, y concluye que procede la indemnización reclamada por la causa de exclusión del servicio militar, esto es, por la homosexualidad. Criterio que es confirmado por el Tribunal Supremo, que desestima el recurso de casación.

C) Derecho Fundamental a la intimidad (artículo 18 CE). Impugnación por parte de la Fundación del Movimiento Ciudadanos anti-sida y otras asociaciones de una Orden Ministerial de 2000 por la que se crea un fichero de carácter personal gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, relativo al Sistema de información sobre nuevas infecciones SINIVIH

STS de 27 de junio de 2007 (ponente: Sra. Picó Lorenzo). La Sala de instancia anula la Orden por estimar que la Orden no cumplía con las medidas de garantía adecuadas para preservar la intimidad de los interesados, pues la estructura del fichero no garantiza la seguridad de los datos de carácter personal que contiene, y ello por cuanto, según la pericial practicada, el sistema de identificación en vez de efectuarse a través del sistema de las iniciales del nombre y apellidos debía realizarse mediante un código numérico. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación afirmando (FJ 4º) que " no corresponde a los órganos jurisdiccionales un control de oportunidad acerca de cuál puede ser el método más adecuado para realizar una determinada actividad o establecer que la legalidad

es perfectible mediante un método mejorable con la adopción de medidas no previstas en la norma", y entiende que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad del artículo 18.4 CE invocado por los demandantes, pues la Orden contiene instrumentos y mecanismos de protección adecuados para tal fin.

D) Derecho de asociación (artículo 22 CE) y "base razonable" de la decisión que inadmite como socio de un club de golf

La **STS de 13 de julio de 2007** (ponente: Sr. Corbal Fernández), analiza un supuesto de eventual vulneración del derecho de asociación que se derivaría de la negativa del Comité de Admisión de un club de golf a admitir como socio al recurrente. Se plantea así un supuesto de colisión entre el derecho de la asociación a autorganizarse y el derecho del recurrente a asociarse a una asociación ya creada, planteándose además la difícil cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, al ser la asociación demandada una asociación privada.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión aplicando la jurisprudencia del TC referida al control de las decisiones de asociaciones "puramente privadas", esto es, de aquellas asociaciones que no ostentan ninguna posición dominante en el campo económico, social, cultural o profesional de forma que la pertenencia o exclusión de éstas no pueda significar un perjuicio significativo para el afectado. De este modo, el Tribunal Supremo limita el control judicial de la decisión de la asociación a dos cuestiones procedimentales, la competencia del órgano social que adopta la decisión y el procedimiento seguido para su adopción, y a una cuestión de fondo, la razonabilidad o la existencia de una "base razonable" para la adopción de la decisión de inadmisión. Tras analizar que la negativa del club a admitir como socio al recurrente fue decidida por el órgano competente, el Comité de Admisión del club, y siguiendo el procedimiento previsto en los Estatutos de la asociación y que esa decisión no carecía de una base razonable, el Tribunal Supremo rechaza las pretensiones del recurrente.

E) Derecho fundamental al ejercicio de cargo representativo (artículo 23.2 CE)

a) Derecho a ejercer el cargo de Alcalde con las atribuciones previstas en la Ley, Presidencia de Comisiones Informativas

STS de 24 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Lucas Murillo de la Cueva). El Pleno de un Ayuntamiento adopta un acuerdo de creación de tres comisiones informativas especiales y dispone que la presidencia de dichas comisiones recaería en aquel de sus miembros que fuera elegido por sus integrantes en la primera reunión. Esta decisión se produce a iniciativa del grupo municipal socialista después de que el Alcalde fuera expulsado del partido socialista y las indicadas comisiones informativas se crearon por la presunción de posibles abusos en ciertas partidas destinadas a protocolo y representación e irregularidades en la contratación de personal laboral.

El Alcalde formula recurso contencioso contra la previsión relativa a las presidencias a través del proceso de protección de los derechos fundamentales, por entender que se infringía el artículo 23.2 CE por cuanto las normas que regulan el funcionamiento de las entidades locales atribuyen al Alcalde la presidencia de dichas comisiones, y la infracción de derechos legales y reglamentarios determinaba, a su entender, la vulneración del derecho fundamental.

La Sentencia de instancia desestima el recurso por considerar que la cuestión planteada era de legalidad ordinaria, pues el artículo 23.2 CE es aplicable a los Concejales como representantes directos de los vecinos pero no al Alcalde, cargo representativo de segundo grado, organizativo y de representación de la estructura municipal, "que gozará de la protección de este derecho fundamental en su condición de concejal, pero no como alcalde". El Tribunal Supremo corrige esta interpretación sobre el ámbito de aplicación del artículo 23.2 CE y tras recordar en el FJ 4º la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TC sobre la cobertura de dicho precepto, concluye afirmando: 1º) el ámbito de aplicación del artículo 23.2 CE no se agota en los cargos representativos de acción directa; 2º) el Alcalde, en cuanto tal, ha sido considerado titular de ese derecho en determinadas circunstancias; 3º) la presidencia de los órganos municipales forma parte del contenido del cargo de Alcalde *ex* artículo 21.1.c); 4º) la Ley 57/2003 confirma la tesis expuesta: la presidencia de las Comisiones Informativas forma parte del núcleo de atribuciones que caracteriza la posición del Alcalde, y 5º) en consecuencia, el Acuerdo Municipal impugnado no sólo infringe dichos preceptos, sino que también lesiona el derecho fundamental del que es titular el recurrente a ejercer el cargo público en las condiciones establecidas en la Ley. Por tanto, se estima el recurso y se casa y anula la Sentencia de instancia y se declara la nulidad de los acuerdos municipales impugnados.

b) Lesión del derecho fundamental al cargo representativo al no impedir el Alcalde de un Ayuntamiento que durante la celebración del Pleno se procediera por personas ajenas a la Corporación a la lectura de un manifiesto referido a cuestiones que iban a ser objeto de debate y votación

STS de 24 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Calvo Rojas). El supuesto analizado consiste en que en el inicio de una sesión de un Pleno por la portavoz de una mesa por la paz se procede a la lectura de un manifiesto contra el uso de la base aérea de Albacete en la invasión de Irak. La Sala Tercera del Tribunal Supremo declara que el público asistente a las sesiones no puede intervenir en éstas, y hubo vulneración del derecho fundamental del artículo 23 CE que ampara al Concejal demandante en cuanto se actuó contra la legalidad y sin adoptar el Alcalde las medidas legalmente obligatorias para evitarlo. Se estima el recurso de casación deducido y se casa la Sentencia del TSJ, declarando que la actuación del Alcalde vulneró el libre ejercicio del derecho de participación del artículo 23 CE. Condena al Ayuntamiento para que convoque un nuevo Pleno para que se proceda al debate y votación en debida forma.

F) Extranjeros

a) Nacionalidad

a') Suficiente grado de integración y arraigo en la sociedad española

STS de 18 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Lecumberri Martí). Se examina un recurso de casación deducido contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirma el criterio de la Administración de denegación de la nacionalidad española a la demandante, por "no haber acreditado su arraigo en la sociedad española ya que según los informes oficiales recibidos habla muy deficientemente nuestro idioma, desconoce la escritura y la lengua castellana, estando vinculada a la vida y las costumbres marroquíes".

El Tribunal Supremo aprecia la existencia de datos positivos como el matrimonio con español, los hijos y la escolarización de éstos y el trabajo aun temporal de la demandante de los que cabe deducir una intención de integración en la sociedad española. El hecho que la recurrente sea analfabeta sin duda dificulta su avance en los cursos de alfabetización y aprendizaje del idioma español a fin de integrarse en la sociedad española. Ante estos hechos, existe una inequívoca decisión de la recurrente a participar activamente como española en nuestra sociedad de la que, como ciudadanos españoles, forman parte su marido y sus hijos, sin que sea exigible un progreso académico superior al que desarrolla y no se acredita la "falta de interés de la recurrente en progresar adecuadamente", de ahí que se entiende que concurre el requisito de "suficiente grado de integración" en la sociedad española.

b') Impugnación de la Sentencia de la Audiencia Nacional que anula la resolución administrativa denegatoria de su concesión

STS de 19 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Puente Prieto). La denegación de la nacionalidad se fundamentaba en que no concurría en este caso el requisito de la buena conducta cívica del artículo 22 del Código Civil, puesto que consta la existencia de una Sentencia condenatoria por resistencia y desobediencia, resultado de una detención en el año 1992.

La Sentencia de instancia y la de casación consideran que la prolongada lejanía en el tiempo de los hechos determinantes de la condena y su calificación de falta, que a la fecha de la resolución habían transcurrido ocho años, su procedencia de un país de la comunidad hispano-americana, su matrimonio con español, y la considerable abreviación que ello conlleva del plazo de residencia, y la inexistencia de otros hechos que pudieran contradecir una conducta de integración en la sociedad española son razones determinantes de la procedencia de la concesión solicitada.

c') Impugnación de la denegación de concesión de la nacionalidad española por no haberse acreditado el requisito de la integración suficiente en la sociedad española

STS de 16 de octubre de 2007 (ponente: Sra. Robles Fernández). El Tribunal *a quo* desestima el recurso por cuanto el solicitante no está integrado en la sociedad española, ya

que apenas habla castellano y constan antecedentes penales y policiales por delito contra la salud pública. El Tribunal Supremo confirma dicha interpretación, pues las alegaciones sobre su residencia legal continuada en España desde 1965, su matrimonio con ciudadana española y el conocimiento del idioma suficiente no desvirtúan la apreciación de la Sala, lo que, unido a la ausencia de otra prueba sobre la integración en la vida y costumbres españolas, determina la desestimación del recurso.

b) Asilo

STS de 27 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Cancer Lalanne). El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado contra la decisión de inadmisión de la solicitud de asilo por parte de un ciudadano checheno y ello por cuanto que la persecución por parte de una persona o grupos mafiosos que gozan de impunidad en su país de origen hace inútil la denuncia de hechos delictivos, sin que el relato pueda ser calificado de "manifiestamente inverosímil".

c) Expulsión de territorio nacional. Expulsión de ciudadano búlgaro

STS de 27 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Cancer Lalanne). El Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia de instancia por entender que infringe el artículo 53.a) de la LO 4/2000, reformada por la 8/2000, pues, al tiempo de la detención, el recurrente llevaba en España menos de 90 días y su permanencia en España no era irregular, y, en su caso, los hechos debían ser sancionados con multa y no con expulsión.

d) Indefensión y justicia jurídica gratuita

STS de 28 de julio de 2007 (ponente: Sr. Oro Pulido). El Tribunal Supremo aprecia la infracción del artículo 20 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita por cuanto el criterio de la Sala de instancia deja al extranjero, que se halla en territorio nacional, en situación de indefensión pues tanto el Auto de archivo como la precedente denegación de justicia gratuita nunca fueron puestos en conocimiento del recurrente. Para que las resoluciones denegatorias de la justicia gratuita produzcan consecuencias y se queden sin efecto las designaciones efectuadas de abogado y procurador, es preciso que se haya notificado al interesado, que puede recurrirla; sin la notificación, la resolución carece de efectividad, y por tanto, se revoca el Auto recurrido, en el que, sin figurar la notificación, se requiere al demandante para que designe profesionales.

Javier García Roca
Pablo Santolaya
Raúl Canosa
Rafael Bustos
Isabel Perelló
Encarnación Carmona
Joaquín Brage Camazano
María Díaz Crego
Ignacio García Vitoria
Miguel Pérez-Moneo

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ley: reserva de Ley en materia penal. 3. Decreto Legislativo: convalidación de *ultra vires* por un texto legal posterior; posibilidad de introducir normas complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición. **4. Reglamento.** A) La ausencia de las actas de las reuniones con organizaciones y asociaciones interesadas no determina la nulidad de una disposición reglamentaria. B) La potestad reglamentaria de los Consejeros autonómicos no puede exceder de las materias propias de su departamento. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad en la Ley. a) No se vulnera el principio de igualdad al regular una profesión titulada sin establecer un régimen transitorio, ni al modificar posteriormente su regulación haciéndola más favorable. b) Posibilidad de inadmitir en la sentencia el recurso de amparo interpuesto, por no haber invocado el derecho vulnerado en vía judicial. B)Principio de igualdad en la aplicación de la Ley. a) No se vulnera si la sentencia impugnada no se ha apartado de forma inmotivada de la doctrina precedente establecida por la misma Sala. b) La diferente valoración judicial de los elementos de hecho no es relevante en relación con la posible vulneración de este derecho.

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), referida al mes de septiembre de 2007. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 227/2007, de 22 de octubre.

La sentencia más interesante de esta entrega es la STC 166/2007, de 4 de julio, que analiza de forma muy matizada los requisitos para plantear correctamente una cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de un Decreto

Legislativo. También aborda otros problemas como la relación entre un Texto Refundido y las normas objeto de la refundición, o bien la relación entre el Texto Refundido y una Ley posterior que reproduce su regulación.

2. LEY: RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

En la **STC 211/2007, de 8 de octubre,** el Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo interpuesto por la vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por no haber invocado el recurrente formalmente en el proceso los derechos constitucionales vulnerados tan pronto como una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, según lo dispuesto por el artículo 44.1.c) LOTC.

3. DECRETO LEGISLATIVO: CONVALIDACIÓN DE *ULTRA VIRES* POR UN TEXTO LEGAL POSTERIOR; POSIBILIDAD DE INTRODUCIR NORMAS COMPLEMENTARIAS A LAS QUE SON OBJETO ESTRICTAMENTE DE LA REFUNDICIÓN

La **STC 166/2007, de 4 de julio,** resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, respecto del párrafo segundo del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996, en la numeración resultante de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, sobre la legitimación de las entidades de gestión de derechos.

El Juzgado advierte que la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 se cuestiona por razones formales, esto es, por exceso en el ejercicio de la delegación legislativa contenida en la Disposición Final Segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, que autorizó al Gobierno a elaborar un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que hubieren de ser refundidos. El Juzgado considera que el Gobierno ha incurrido en exceso en la refundición o *ultra vires,* pues el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987, de 31 de diciembre, reconocía a las entidades de gestión autorizadas legitimación para actuar en nombre de sus asociados, pero no la presunción que introduce el precepto cuestionado de que los derechos de propiedad intelectual ejercitados en un proceso por la entidad de gestión están encomendados a la gestión de ésta, con la correlativa inversión de la carga de la prueba, limitándose además los medios de oposición de la parte contraria.

El Tribunal Constitucional declara la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad presentada por estimar que no se ha cumplido debidamente el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal que exige el artículo 35.2 LOTC, al no haberles especificado ni el precepto legal que se estima inconstitucional, ni los preceptos de la Constitución

que se suponen infringidos, ni la duda de inconstitucionalidad que tenía el Juzgado y que determinó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal también considera causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el incumplimiento del requisito relativo a la exteriorización del juicio de relevancia exigido por el artículo 35.2 LOTC, al limitarse el Juzgado proponente a afirmar que el precepto legal cuestionado es aplicable al caso y que de su validez depende el fallo. Teniendo en cuenta que cuando se planteó la cuestión ya había entrado en vigor la Ley 5/1998, de 6 de marzo, era necesario que el Juzgado explicitara las razones por las que consideraba que el pretendido exceso en la refundición legislativa no quedaba sanado por la nueva Ley. A juicio del Tribunal Constitucional, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que ratifica el contenido del artículo 145 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, dando nueva numeración a este precepto, pero manteniendo íntegramente su redacción inicial, determina la convalidación del posible exceso en que hubiera podido incurrir el Gobierno en el ejercicio de la refundición legislativa. Esta circunstancia determina que la duda de inconstitucionalidad carezca de fundamento tal como ha sido planteada.

A continuación, el Tribunal Constitucional tras declarar la inadmisión de la cuestión decide analizar los problemas planteados en ella para aclarar que, en todo caso, aunque la cuestión hubiera sido admitida, finalmente hubiera sido desestimada. En este sentido, el Tribunal aclara que el Gobierno no se había extralimitado en el ejercicio de la delegación legislativa, dado que la labor refundidora permite introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o lograr la coherencia y sistemática del texto refundido.

4. REGLAMENTO

A) La ausencia de las actas de las reuniones con organizaciones y asociaciones interesadas no determina la nulidad de una disposición reglamentaria

En la **STS de 13 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, el Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Catalana para la Defensa de los Derechos Humanos contra el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En concreto, la recurrente impugna 45 preceptos del Real Decreto, centrándose en los posibles defectos de elaboración del Reglamento. Alega la Asociación que el expediente no está completo en la medida en que no figuran las actas de las reuniones, celebradas con carácter previo a la aprobación del Real Decreto, en las que participaron junto a la Administración las organizaciones y asociaciones interesadas.

Entiende al respecto el Tribunal que el carácter incompleto del expediente no determina la nulidad de la disposición, cuando consta a la Sala que se dio amplia audiencia a todas

las organizaciones interesadas durante la tramitación del Reglamento. La exigencia esencial consiste en que los interesados hayan sido efectivamente oídos, puesto que la falta de audiencia sí podría determinar la ilegalidad del Reglamento por defectos de procedimiento. En conclusión, la Sala entiende que el Reglamento es conforme a Derecho al desestimar el resto de alegaciones realizadas por la recurrente.

B) La potestad reglamentaria de los Consejeros autonómicos no puede exceder de las materias propias de su departamento

En la **STS de 19 de julio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Principado de Asturias contra la Sentencia de 13 de julio de 2007, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Dicha Sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Comisiones Obreras de Asturias contra la Resolución de 16 de julio de 2001 de la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias, por la que se regulan las plantillas funcionales de personal docente no universitario y la cobertura de plazas. Entendió el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que la citada Resolución era nula. Tras hacer un análisis de la regulación constitucional y legal de la materia y del reparto de competencias entre el Estado y el Principado de Asturias, el Tribunal concluyó que la "Resolución autonómica impugnada afecta al estatuto de los funcionarios públicos docentes y sin embargo no ha respetado el principio de reserva legal constitucionalmente establecido en el artículo 103.3; y, más en particular, para los casos en que obviamente cabe un desarrollo reglamentario, la Administración demandada no ha respetado lo dispuesto en el propio Estatuto de Autonomía, en la medida en que la potestad reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno y no procede su ejercicio, al menos en este caso y con este alcance, por el Consejero correspondiente".

Frente a esta argumentación, el Principado de Asturias alega un único motivo de casación: la vulneración de los artículos 103 y 149.3 de la Constitución que establecen que la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y que el Derecho estatal será en todo caso supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas –en relación con los artículos 33.1 y 18 del Estatuto de Autonomía para Asturias que atribuyen el ejercicio de la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno y establecen la competencia propia en materia de Educación–; y la vulneración de la doctrina jurisprudencial referida a la potestad reglamentaria de los Consejeros en las materias propias de su departamento, entre las que se incluyen las referentes a su organización y a las relaciones especiales de sujeción y disciplina interna de la Consejería.

a) Con respecto a la vulneración del artículo 103 en relación con el artículo 149.3 de la Constitución, entiende el Tribunal Supremo que el Tribunal de instancia ha interpretado de forma correcta el alcance de la reserva legal del estatuto de los funcionarios públicos, en la medida en que no ignora, sino que expresamente señala la posibilidad de que exista

un desarrollo reglamentario, derivado de la esfera estatal o autonómica, en función de los respectivos ámbitos competenciales.

b) Por lo que se refiere a la potestad reglamentaria de los Consejeros en las materias propias de su departamento, afirma el Tribunal Supremo que el Tribunal Superior de Justicia explica de forma razonada que la ordenación contenida en la resolución de la Consejería de Educación y Cultura excede de las materias propias de su departamento pues, lejos de tener un contenido meramente autoorganizativo, la disposición impugnada en el proceso de instancia se adentra en la ordenación de figuras (plantilla funcional, sobrantes de horario) que vienen a innovar el estatuto funcionarial, lo que ciertamente sobrepasa el limitado ámbito de la potestad reglamentaria que cabe reconocer a los Consejeros autonómicos.

Con base en estos argumentos el Tribunal Supremo desestima finalmente el recurso de casación.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la Ley

a) No se vulnera el principio de igualdad al regular una profesión titulada sin establecer un régimen transitorio, ni al modificar posteriormente su regulación haciéndola más favorable

La **STS de 14 de septiembre de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Septima, resuelve el recurso de casación interpuesto por una serie de particulares contra la Sentencia de 28 de marzo de 2001 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta). Dicha Sentencia había desestimado el recurso contencioso-administrativo presentado contra la desestimación por silencio de la solicitud formulada por los recurrentes interesando el reconocimiento individualizado de los derechos acreditados en el ejercicio de la profesión de optometría y el derecho a seguir ejerciendo dicha profesión en iguales condiciones que los actuales diplomados en óptica y optometría, comprensivo de: a) el acceso a los cursos de posgrado en optometría que organicen las universidades y respecto de los cuales se exija para asistir a éstos el Título de Diplomado en Óptica y Optometría, y b) la participación en cuantos concursos y oposiciones se convoquen para ocupar plazas de optometrista en la sanidad pública y privada.

Los recurrentes apoyan el recurso de casación en múltiples motivos. En primer lugar, alegan la supuesta incongruencia de la Sentencia recurrida en casación, que se rechaza por el Tribunal Supremo. En segundo lugar, mencionan la existencia de derechos adquiridos que llevan a una vulneración del artículo 36 de la Constitución, en la medida en que la nueva regulación de la profesión mencionada les impide continuar con su ejercicio, lo que se conecta también con una supuesta violación del artículo 14 de la Constitución. Al respecto, señala el Tribunal que, en efecto, "la Constitución ha reserva-

do al legislador la posibilidad de establecer una profesión titulada, sin que se desprenda del artículo 36 que frente a esta potestad pueda oponerse un supuesto derecho adquirido al ejercicio por quien lo venía ejerciendo o lo ejerció en algún momento, pues es evidente que si la profesión no estaba regulada podía ser ejercida libremente por todos, y por otra parte el establecimiento de tal límite no se deriva de la norma constitucional citada, ni puede hablarse de derechos adquiridos según la doctrina que acerca de éstos mantiene esta Sala y el Tribunal Constitucional". Ahora bien, matiza el Tribunal, es cierto que el legislador en estos casos, al regular una profesión titulada, podría haber establecido un régimen transitorio con el fin de favorecer a quienes venían desempeñando la profesión, pero esto no puede entenderse como una exigencia constitucional. Por ello –continúa el Tribunal– no se vulnera tampoco el principio de igualdad por el hecho de que en otros supuestos el legislador, o la propia Administración, efectivamente hayan tenido en cuenta estas circunstancias al regular las titulaciones. A los recurrentes no se les impide la obtención de la nueva titulación, tras su entrada en vigor en 1990, y, en consecuencia, no se produce ninguna discriminación con respecto a otras personas. Asimismo, la falta de existencia de una Disposición Transitoria tampoco supone una discriminación o violación del principio de igualdad. Por último, el Tribunal niega la vulneración invocada por la recurrente de los artículos 40.2, 35, y 9.3 de la Constitución. Entiende que "ni se impide el derecho al trabajo, si se parte de una profesión no reglada, ni el derecho a la promoción, pues nada impide a los recurrentes hacer los estudios correspondientes a la nueva titulación, ni la regulación normativa de un título puede suponer una vulneración de la seguridad jurídica". Sin que tampoco se entienda que se produce una vulneración del principio de confianza legítima en la medida en que no se argumenta suficientemente la conexión entre la nueva titulación y la posible conexión con este principio.

En dos supuestos que presentan algunas similitudes con el anterior, el Tribunal Supremo –en sus **SSTS de 19 y 20 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta– resuelve los recursos de casación interpuestos por dos particulares contra las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo y de 1 de marzo de 2000, respectivamente, que desestimaban los recursos interpuestos contra las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo de 30 de marzo y de 3 de junio de 1998, que denegaban las solicitudes de obtención del título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria.

Los recurrentes alegaron como motivo único de casación la vulneración del artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 23 del mismo texto constitucional. El Real Decreto 264/1989, de 10 de febrero, disponía que podía accederse al título solicitado (de médico especialista en medicina familiar y comunitaria) siempre que se tuvieran al menos cinco años de experiencia en puestos de atención primaria en la fecha de entrada en vigor de la norma, el día 18 de marzo de 1989, y además se superasen las pruebas correspondientes. Entienden, por tanto, los recurrentes, que esta regulación era discriminatoria al hacer depender la obtención de los derechos de una circunstancia meramente aleatoria y cronológica, como es el cumplimiento de los requisitos en una fecha determi-

nada, el día 18 de marzo de 1989. Y para reforzar esa argumentación invocan la legislación posterior a la fecha de autos, pues el Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, reguló el acceso a la especialidad para los Licenciados en Medicina con posterioridad al día 1 de enero de 1995, y por el Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio, hubo que establecer un procedimiento excepcional para que pudieran acogerse a éste quienes hubieran obtenido antes del citado día 1 de enero de 1995 el título de Licenciado en Medicina y Cirugía. Según los actores ello indica que la propia Administración consideró irrazonable que la única vía excepcional de acceso fuera la establecida en su momento por el Real Decreto 264/1989, de 10 de febrero.

Pues bien, frente a estos argumentos señala el Tribunal, de forma muy parca, que los requisitos reglamentarios exigidos al actor en la fecha de autos no eran discriminatorios ni poco razonables. Y, añade que "la publicación de reglamentos posteriores en que la Administración establece una nueva vía no es argumento suficiente, pues la Audiencia Nacional pronunció una Sentencia conforme a derecho al llevar a cabo su pronunciamiento refiriéndolo a la fecha de autos". De modo que en ambas Sentencias se desestiman los respectivos recursos de casación.

b) Posibilidad de inadmitir en la sentencia el recurso de amparo interpuesto, por no haber invocado el derecho vulnerado en vía judicial

En la **STC 201/2007, de 24 de septiembre,** relativa a problemas que conciernen a la equiparación salarial de profesores de religión católica, el Tribunal Constitucional desestima la posible vulneración del artículo 14 CE, en su vertiente de igualdad ante la Ley por no haber invocado este derecho previamente en la vía judicial. El Tribunal ha adoptado una interpretación antiformalista del requisito de invocación previa del derecho en la que lo relevante es, no la mención de un *nomen iuris* o la cita concreta y numérica de un determinado precepto de la Constitución, sino que la dimensión constitucional de la cuestión sometida a proceso haya sido puesta de manifiesto en la vía judicial ordinaria, a fin de dar a los órganos judiciales la posibilidad de pronunciarse sobre ella y de reparar cualquier vulneración de derechos o libertades fundamentales que hubiera podido existir.

La admisión a trámite de la demanda de amparo no impide que la Sentencia pueda posteriormente inadmitirla tras comprobar que no concurren los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción.

B) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley

a) No se vulnera si la sentencia impugnada no se ha apartado de forma inmotivada de la doctrina precedente establecida por la misma Sala

En la **STC 201/2007, de 24 de septiembre,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Las recurrentes, profesoras de religión católica, reclamaban la equiparación retributiva prevista en el convenio de 1993, una vez que éste había sido sustituido por un nuevo convenio. La Sentencia objeto de impugnación acoge la tesis de que a partir de la entrada en vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y del posterior convenio entre el Estado y la Conferencia Episcopal de 26 de febrero de 1999, sólo tienen derecho a reclamar las diferencias salariales derivadas de la equiparación retributiva prevista en el anterior convenio de 1993, aquellos profesores que, durante la vigencia de éste, hubieran obtenido el reconocimiento del derecho a la equiparación por resolución administrativa o judicial, caso en el que no se encontraban las recurrentes.

El Tribunal considera que, en puridad, sólo es posible hablar de derechos adquiridos durante la vigencia del vínculo contractual en que aquéllos se consolidan, sin perjuicio de que la parte obligada los pueda reconocer unilateralmente al formalizar un nuevo contrato y de que las partes interesadas puedan también, en ese momento, pactar voluntariamente el reconocimiento o mantenimiento de los derechos que se disfrutaban en relaciones laborales anteriores. En este caso, como se ha expuesto, las recurrentes no habían cumplido los requisitos para mantener los derechos que otorgaba el convenio de 1993.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto, al considerar que la Sentencia impugnada no se ha apartado de manera inmotivada de la doctrina precedente establecida sobre esta cuestión por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por lo que no se ha vulnerado el derecho de las actoras a la igualdad en la aplicación de la Ley.

b) La diferente valoración judicial de los elementos de hecho no es relevante en relación con la posible vulneración de este derecho

En la **STC 184/2007, de 10 de septiembre,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al considerar que dicho órgano judicial se había apartado del criterio que, poco antes, y en un asunto idéntico había mantenido en una Sentencia anterior.

El Tribunal Constitucional, tras reiterar su conocida doctrina sobre los requisitos exigibles para entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (acreditación de un *tertium comparationis*, identidad de órgano judicial, existencia de alteridad en los supuestos contrastados y ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio), desestima el recurso interpuesto. A juicio del Tribunal entre la Sentencia impugnada y la ofrecida como término de comparación no existe la identidad necesaria, ya que el *tertium comparationis* que ha aportado la recurrente no es idóneo para probar la alegada infracción constitucional. Además, la Sentencia recurrida en amparo tampoco supone la quiebra de ningún criterio jurisprudencial previo ni de ningún antecedente inmediato válido. En el caso concreto es la valoración de un elemento

de hecho, lo que justifica la decisión adoptada por la Sentencia impugnada y no el que el órgano judicial haya cambiado de criterio aplicativo.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional aclara que la desigualdad en la aplicación judicial de la Ley que puede controlar es únicamente la que resulta de la diferencia en la interpretación de las normas, no la que se origina en la valoración de los hechos; el juicio de igualdad en la aplicación de la Ley está circunscrito al ámbito normativo, a las desigualdades surgidas de la interpretación y aplicación de la norma y no se extiende, por tanto, a la apreciación de los hechos. En consecuencia, el Tribunal desestima el recurso de amparo solicitado.

La **STC 181/2007, de 10 de septiembre,** desestimó un recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley basándose en argumentos similares a los anteriormente expuestos. En este caso, a la recurrente en amparo se le había denegado la pensión a favor de familiares derivada del fallecimiento en accidente de tráfico de su hijo, policía local, que convivía con ella, por no reunir el requisito de dependencia económica del causante, frente a su marido al que sí le fue reconocida judicialmente la pensión correspondiente, por el mismo órgano judicial que se la había denegado a ella.

El Tribunal Constitucional considera que no concurre en este caso el requisito de que se haya aportado por la recurrente un término de comparación idóneo del que quepa derivar un tratamiento desigual, ya que las circunstancias del marido y la mujer no definen supuestos sustancialmente idénticos en lo referido a su presupuesto fáctico. La mujer tenía un trabajo a tiempo parcial y la cobertura del desempleo durante los meses de verano, en tanto que el marido recibía una pensión no contributiva.

En consecuencia, el Tribunal entiende que no ha sido vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley y deniega el amparo solicitado.

Ana de Marcos Fernández
Silvia Díez Sastre

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Formas de actuación de la Administración. A) Vía de hecho o actividad material de la Administración. a) No la constituye una actuación de la Administración consistente en la tramitación de un procedimiento expropiatorio que había sido previamente suspendido y posteriormente se reinició. **3. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite impugnables: el acto por el que se inicia un procedimiento administrativo de expulsión con propuesta de ingreso en centro de internamiento, porque es condición para que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. B) Actos discrecionales. a) El control de la discrecionalidad técnica se puede verificar a través de la comprobación de los "hechos determinantes". **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación suficiente aunque se empleen modelos normalizados en la contestación de la Administración. b) Motivación y resoluciones sancionadoras. B) Valor y eficacia probatoria de las denuncias realizadas por Agentes de la autoridad. **5. Procedimiento administrativo.** A) Vulneración de los principios de participación y transparencia del artículo 3.5 LRJPAC. B) La no comparecencia a la entrevista personal requerida para el otorgamiento de Visado produce el desistimiento con respecto a la solicitud de Visado. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación. a) Naturaleza y requisitos de la Notificación. B) No requiere autorización judicial la entrada en un domicilio para proceder a la ejecución sustitutoria del acto de demolición de un edificio declarado previamente conforme a derecho por sentencia judicial firme. C) Caducidad. a) Caducidad en los procedimientos disciplinarios. **7. Invalidez del acto administrativo.** A) Omisión del procedimiento administrativo

previsto. B) Omisión del trámite de audiencia. a) La omisión del trámite de audiencia provoca la nulidad del acto administrativo de otorgamiento de una licencia de actividad. C) Vicios de forma. a) Apreciación de los vicios de forma por su repercusión sobre la decisión de fondo. b) Vicios de forma en procedimiento sancionador: en el acta de inspección y en la denegación de la prueba. **8. Eliminación del acto.** A) Revisión de oficio. a) Se requiere proceder a la revisión de oficio de una liquidación que fue girada a un particular por reparcelación económica derivada de un planeamiento urbanístico declarado nulo por sentencia judicial firme, aunque se tratara de un acto firme dictado con posterioridad a la declaración de nulidad de la disposición administrativa de la que es aplicación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de junio a septiembre de 2007 –concretamente del 14 de junio al 28 de septiembre–, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo; y de los meses de marzo a mayo de 2007 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período destaca la STS de 31 de julio de 2007 en la que se anula un acto del Consejo de Ministros dictado en ejercicio de lo que la sentencia califica como "discrecionalidad técnica" porque se considera que éste ha sido dictado sin suficiente justificación. Asimismo resulta de especial interés la STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias de 30 de marzo de 2007, que fundamenta su fallo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la exigencia de autorización judicial para la entrada en domicilio como consecuencia de la ejecución de actos administrativos que así lo requieran.

2. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Vía de hecho o actividad material de la Administración

a) No la constituye una actuación de la Administración consistente en la tramitación de un procedimiento expropiatorio que había sido previamente suspendido y posteriormente se reinició

Así lo declara el Tribunal Supremo en **STS de 27 de junio de 2007**, Ar. 3937.

3. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Actos de trámite impugnables: el acto por el que se inicia un procedimiento administrativo de expulsión con propuesta de ingreso en centro de internamiento, porque es condición para que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento

Así lo declaran la **SSTS de 14 de junio y 21 de junio de 2007** (recursos de casación 7094/2003 y 8174/2003).

B) Actos discrecionales

a) El control de la discrecionalidad técnica se puede verificar a través de la comprobación de los "hechos determinantes"

En este sentido se pronuncia la **STS de 31 de julio de 2007**, Ar. 4897, que anula un acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 2004 por el que se cierra temporalmente el Puerto de Tarifa al tránsito de personas durante la operación estival paso del Estrecho. El TS considera que la mencionada restricción se impuso sin la intervención del Ministerio de Fomento, por lo que no se pudo tener un conocimiento exacto de la situación de las infraestructuras del puerto, relativas a la capacidad de atraque de las embarcaciones, a la suficiencia de los estacionamientos de vehículos y a los accesos por carretera, así como a sus servicios asistenciales y sanitarios, que eran los motivos por los que, a juicio del Consejo de Ministros, justificaban tal medida.

El Tribunal considera que el control de la discrecionalidad técnica ejercida por el Gobierno en este caso permite anular el acto, por cuanto no están justificadas las circunstancias determinantes de la decisión.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente aunque se empleen modelos normalizados en la contestación de la Administración

Así lo estima el Tribunal Supremo, en **SSTS de 27 y 28 de septiembre de 2007** (recursos de casación 1142/2004 y 1630/2004, respectivamente), en la que se inadmite una solicitud de asilo de un extranjero de nacionalidad cubana. Concretamente el Tribunal, siguiendo jurisprudencia constante, declara en su FD 5º:

> "(…) 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 reprobable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente, como aquí ocurrió. El recurrente no

dice con la imprescindible concreción cuáles son los extremos expuestos en su solicitud que considera no valorados por la Administración en su resolución, ni esta Sala Tercera del Tribunal Supremo aprecia ninguna irregularidad invalidante desde esta perspectiva, 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".

b) Motivación y resoluciones sancionadoras

Conforme declara la **STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2007**, Ar. 539, en su FJ 3º: "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, como hemos visto, 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. Por ello, resulta imprescindible en orden a posibilitar el adecuado control de la resolución en cuestión, debiendo tenerse muy presente a estos efectos que una ulterior Sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos nunca podría venir a sustituir o de alguna manera sanar la falta de motivación del acto administrativo".

B) Valor y eficacia probatoria de las denuncias realizadas por Agentes de la autoridad

Al respecto se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 26 de abril de 2007,** (JUR 227962), cuando señala en su FJ 2º que dicha eficacia "no comporta, en principio, violación del derecho fundamental. Esta eficacia aparece consagrada a nivel legal en el artículo 137.2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (…) Por ello resulta obligado destacarse que la misma supone el ejercicio, en su inicio, de la potestad sancionadora de la Administración por lo que ha de afirmarse con rotundidad, que no cabe sin más partir del orden probatorio que marca dicha doctrina, sino que a él debe anteponerse como clave previa, el derecho Fundamental de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución conforme al cual incumbe a la autoridad que ejerce esa potestad, la carga probatoria y está absolutamente exonerado de ella, el que la sufre, que no viene obligado a probar su inocencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1988 y 76/1990). Desde esta perspectiva, si bien la denuncia de un Agente puede ser medio de prueba idóneo y a partir de ese significado producir el efecto de trasladar sobre el administrado la carga de actuar sobre el medio de prueba aportado por la parte contraria, esa idoneidad probatoria dependerá necesariamente del contenido de la denuncia y de la unión a la misma cuando deban existir, de todos aquellos elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado".

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Vulneración de los principios de participación y transparencia del artículo 3.5 LRJPAC

Considera el Tribunal Supremo en la citada **STS de 31 de julio de 2007**, Ar. 4897, que anula el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 2004 por el que se cierra temporalmente el Puerto de Tarifa al tránsito de personas durante la operación estival paso del Estrecho, que dicho acuerdo vulnera los principios de transparencia y participación. Este motivo de nulidad en el que incurre el acto de Gobierno se produce por no haber dado participación en el procedimiento de aprobación de éste a las empresas navieras afectadas por el acuerdo de cierre del puerto, que conocieron del acto una vez fue publicado en el BOE.

B) La no comparecencia a la entrevista personal requerida para el otorgamiento de Visado produce el desistimiento con respecto a la solicitud de Visado

Así lo declara la **STSJ de Madrid de 13 de abril de 2007** (recurso 1959/2004).

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación

a) Naturaleza y requisitos de la Notificación

Contiene varios pronunciamientos extensos que recogen la doctrina jurisprudencial citada en torno a la notificación la **STS de 20 de junio de 2007**, Ar. 4834, en su FD 4º. Entre las cuestiones que se abordan destacan las relativas a la notificación como requisito de eficacia aunque no de validez del acto; la práctica de la notificación y las formas habilitadas tipificadas por la ley para realizarla, así como la doctrina relativa a los requisitos que ha de cumplir la notificación para no ser defectuosa.

B) No requiere autorización judicial la entrada en un domicilio para proceder a la ejecución sustitutoria del acto de demolición de un edificio declarado previamente conforme a derecho por sentencia judicial firme

La **STSJ de Canarias de 30 de marzo de 2007** (recurso 420/2004), aborda la cuestión de si es necesaria una autorización judicial para proceder a la demolición de lo que constituía el domicilio familiar del demandante, en ejecución de un acto administrativo cuya legalidad ya fue confirmada por sentencia judicial. En esta sentencia se pone de manifiesto como una primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional (se cita al respecto la STC 22/1984, de 17 de febrero), basándose en la distinción entre el control de la legalidad del acto, realizado en el proceso contencioso-administrativo y la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, declara que se requiere una autorización judicial independiente para poder ejecutar el acto que comporte la entrada en el domicilio, aun cuando el acto administrativo ejecutado hubiera sido declarado conforme a derecho

por sentencia. Posteriormente, la doctrina del TC ha evolucionado, concretamente se cita en el FD 4º la STC 160/1991, y de ésta se desprende la siguiente solución: "si la entrada en el domicilio es una consecuencia directa del acto que se ejecuta –cuya conformidad a derecho ha sido declarada por sentencia judicial firme– no precisa autorización judicial, pero sí, en cambio, cuando la entrada en el domicilio no es una consecuencia obligada del acto administrativo y se presenta como una actuación independiente cuya necesidad surge durante el procedimiento de ejecución de aquél".

C) Caducidad

a) Caducidad en los procedimientos disciplinarios

Sobre esta cuestión se pronuncia la **STSJ de Navarra de 2 de abril**, Ar. 542, en la que, teniendo en cuenta que no es un tema pacífico en la doctrina, se considera, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la Sentencia de 27 de febrero de 2006, Ar. 8167, que pese a haber considerado siempre que la caducidad no operaba como causa de finalización de aquel procedimiento disciplinario, "existen razones para reconsiderar este planteamiento". Esto se explica, a juicio de la sentencia, a partir del hecho de que el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, en su redacción originaria no incluyera expresamente a los expedientes sancionadores entre aquellos a los que afectaba la caducidad de los procedimientos, que se establecía para los "no susceptibles de producir efectos favorables", junto a lo dispuesto en la DA Octava de la Ley que expresamente excluía la aplicación de la propia Ley 30/1992 a los procedimientos de ejercicio de la facultad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto al personal a su servicio. Pero en la actualidad y de manera inequívoca, a tenor de lo dispuesto en la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, ha de mantenerse la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelva dentro de plazo. Y si lo es a los procedimientos sancionadores en general, ha de serlo también a los disciplinarios.

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Omisión del procedimiento administrativo previsto

En relación con esta cuestión la **STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2007** (recurso 452/2004), declara que para apreciar el vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento previsto es necesario, según reiterada jurisprudencia, que el acto administrativo se manifieste sin la instrucción de procedimiento alguno. Así ha de tratarse de una infracción clara, manifiesta y ostensible, lo que no se produce en el supuesto enjuiciado en el que se trata de incluir en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid un conjunto escultórico erigido en la vía pública y realizado por Dalí.

B) Omisión del trámite de audiencia

a) La omisión del trámite de audiencia provoca la nulidad del acto administrativo de otorgamiento de una licencia de actividad

Así lo entiende la **STSJ de Valencia de 11 de mayo de 2007** (recurso 1410/2003).

C) Vicios de forma

a) Apreciación de los vicios de forma por su repercusión sobre la decisión de fondo

Según doctrina jurisprudencial reiterada, que recoge la **STSJ de la Comunidad de Madrid de 12 de abril de 2007**, Ar. 525, la invalidez del acto administrativo depende de la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar "sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo impugnado en caso de observarse el trámite omitido".

b) Vicios de forma en procedimiento sancionador: en el acta de inspección y en la denegación de la prueba

En la **STSJ de La Rioja de 19 de marzo de 2007** (recurso 549/2007), se declara que se ha producido indefensión a la recurrente en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, pues, en primer lugar, en el momento de girarse la visita de inspección y levantarse acta de ésta debió habérsele dado intervención para posibilitar su defensa y contradicción. Por otra parte, la propuesta de resolución que se formuló en el expediente administrativo sancionador se considera por el Tribunal meramente formal y retórica puesto que "no habiendo tenido intervención la recurrente en el primer momento y habiendo negado el hecho base de la infracción se le denegó también la práctica de la prueba que proponía en orden a acreditar sus alegaciones. Sin que sea de recibo la alegación de (…) que la solicitud de prueba tuvo lugar una vez finalizado el período probatorio, puesto que el principio de preclusión no opera de este modo en el procedimiento administrativo, debiéndose practicar las pruebas que resulten pertinentes incluso en la audiencia de la propuesta de resolución si ello fuera necesario (como es el caso) para evitar indefensión al interesado".

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Revisión de oficio

a) Se requiere proceder a la revisión de oficio de una liquidación que fue girada a un particular por reparcelación económica derivada de un planeamiento urbanístico declarado nulo por sentencia judicial firme, aunque se tratara de un acto firme dictado con posterioridad a la declaración de nulidad de la disposición administrativa de la que es aplicación

De este supuesto conoce la **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 4835, en la que se condena a la Administración, Ayuntamiento de Sevilla, a proceder a la revisión de oficio de la men-

cionada liquidación teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento que puede ser iniciado en cualquier momento. Para un supuesto análogo y con la misma argumentación se pronuncia la **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 4875.

Julia Ortega Bernardo
Mónica Domínguez Martín

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1 Consideración preliminar. 2. Ejecución de los contratos. A) Excepciones a la aplicación del principio de "riesgo y ventura". **3. Extinción de los contratos.** A) La determinación del objeto del contrato no puede ceñirse exclusivamente al apartado del pliego de condiciones que lo regule concretamente, sino interpretando de forma sistemática el contenido del pliego, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. B) Principio general del "enriquecimiento injusto". Teoría general. Aplicación en caso de realización de prestaciones sin prueba de celebración de contrato alguno con la Administración. C) Fijación del *dies ad quem* del cómputo del plazo para la determinación de los intereses de demora. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Definición del Derecho Comunitario del contrato público de servicios y de una concesión de servicios.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de junio a octubre de 2007, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por los que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional.

2. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Excepciones a la aplicación del principio de "riesgo y ventura"

La **STSJ de Castilla-La Mancha núm. 312/2007, de 2 de julio** (recurso 182/2004), FD 3º, realiza un interesante repaso sobre los supuestos de excepción a la aplicación sin modulación alguna del principio de "riesgo y ventura", exponiendo lo siguiente:

> "(...) Cierto es que en el ámbito de la actividad contractual, actos condición por antonomasia, hace ya largo tiempo que se superaron los severos corolarios del principio de riesgo y ventura, propiciándose así supuestos indemnizatorios inimaginables en campo pandec-

tístico estrictamente civil, donde cada contratante soporta el aleas del contrato, imputación de ganancias y pérdidas que trajeren su causa de caso fortuito o fuerza mayor a una u otra parte, en la medida de la complexión de cada figura contractual, *verbi gratia*, artículos 1589 y 1590 del CC, fuerza mayor como primera excepción a la regla *res perit emptore* y en su caso dominio con enumeración poco menos que *numerus clausus* de los supuestos a tener en consideración –fenómenos de efectos catastróficos, terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, movimientos sísmicos de otra suerte, temporales marítimos, inundaciones, destrozos ocasionados violentamente en tiempos de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves de orden público, revisión de precios aquí precisamente renunciada, con inicio en el llamado Decreto Alba 1917– que muy lejos de poder ser calificada como concesión graciosa o fundamentada en razones de justicia, se incardina en la voluntad pública de conjurar la eventualidad de riesgos de abandono de contratas por alza de costes de materiales y personal y que tendrá lugar cuando el contrato se haya ejecutado como mínimo en un 20% de su importe, derecho *ex contractu* y no *ex lege* y por lo tanto renunciable y el llamado derecho al equilibrio económico o sinalagma, en contexto de cobertura, de otro modo no concebible ni instrumentable, de riesgos de situaciones económicas de crisis o procesos inflacionarios, *factum principis*. etc., derecho del concesionario *ad exemplum* a elevación de tarifas o a percibir supletorias y congruas subvenciones, artículos 120, 127 y 128 y 153, 163 y 164 de TRLC y sobre todo a partir la Ley 13/2003, que modificando aquélla, introduce la figura del contrato de obra pública, en el que uno de sus rasgos definitorios es precisamente tal derecho, dentro de un nivel mínimo, otro máximo y otro básico.

Mas no menos cierto es también, que la *exceptio non adimpleti contractus* artículo 1124 del CC, está en esta esfera muy modulada al igual que lo están los imperativos del 1101, por cuanto que con una especial atención al principio de la conservación del contrato y de continuidad del servicio se traduce en la mayoría de los casos en hipótesis de pago de reparaciones e intereses específicos y tasados en el presente caso 2 o 3% de importe del precio de adjudicación, por retraso de más o menos de seis meses del acta del replanteo, en la forma *meritada, unius inclusio exclusio alterius*, etc. (...)".

3. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) La determinación del objeto del contrato no puede ceñirse exclusivamente al apartado del pliego de condiciones que lo regule concretamente, sino interpretando de forma sistemática el contenido del pliego, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas

La **STSJ de Cataluña núm. 610/2007, de 13 de julio** (recurso 1059/2003), FFDD 2º y 3º, analiza un supuesto en el que se cuestiona por la Administración la compensación económica derivada de la modificación de un determinado contrato de gestión del servicio público de recogida domiciliaria de basuras y su transporte a vertedero autorizado o planta incineradora, al entender que la prestación en cuestión realizada por el concesionario (concretamente incremento de los contenedores y aplicación del IPC) constituye un servicio que no figura incluido en el pliego de condiciones.

Ante ello, el Tribunal aplica el criterio de que "la determinación del objeto del contrato no puede ser realizada exclusivamente a la luz del apartado del pliego de condiciones que regule concretamente el objeto, sino interpretando de forma sistemática el contenido del pliego, en los términos previstos en el artículo 1285 del Código Civil, el cual dispone que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"·

Concretamente su argumentación es la que sigue:

> "(...) La entidad recurrente fundamenta su pretensión en el tenor literal del artículo 3º.1 del pliego de cláusulas técnicas, jurídicas y económico-administrativas que rigieron el concurso de autos. Según este apartado, el ámbito funcional de la gestión del servicio comprende la 'recogida, carga y transporte a vertedero controlado autorizado, o la planta incineradora, de la totalidad de los residuos sólidos urbanos, de carácter domiciliario situados en los contenedores públicos del municipio citado, así como de las bolsas de basura y demás residuos urbanos que haya a los lados de los contenedores'. Sin embargo, la determinación del objeto del contrato no puede ser realizada exclusivamente a la luz de este apartado del pliego de condiciones, sino interpretando de forma sistemática el contenido del pliego, en los términos previstos en el artículo 1285 del Código Civil, el cual dispone que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
>
> En este sentido, resulta relevante que el artículo 1º del pliego, que define el objeto del contrato, establezca que la concesión del servicio comprende tanto la recogida domiciliaria de basuras, como su transporte y eliminación. En el mismo sentido, el propio epígrafe del pliego hace referencia a la concesión del servicio de recogida domiciliaria de residuos urbanos, transporte y su eliminación. Y es igualmente significativo el hecho de que la memoria técnica de la oferta presentada por la actora incluye, tanto en su título como en el epígrafe de cada una de las páginas que la componen, la referencia a la eliminación de residuos, junto con su recogida y transporte. Ha de deducirse de ello que la entidad recurrente era plenamente consciente de que el objeto de la concesión incluía la eliminación de los residuos, tal y como sostiene la representación del Ayuntamiento.
>
> Esta conclusión se ve reforzada por el examen del contenido de los artículos 6º y 9º del pliego de condiciones. Este último, que regula el precio del contrato y su revisión, dispone expresamente que los importes contemplados en el mismo 'incluyen todo el ámbito funcional, las mejoras que si procede se establezcan y sobre todo el coste del transporte y eliminación o incineración sea el que sea este último, entendiéndose incluidas las 'puntas' estacionales, y no pudiéndose pedir incremento en este concepto'.
>
> El mismo artículo 9º, cuando regula la revisión anual del precio del contrato en función del IPC, establece claramente que, salvo lo previsto en el artículo 6º en cuanto al número de contenedores, no se admite ninguna otra fórmula de revisión 'aunque el número de materia recogida y a eliminar o incinerar se incremente, lo cual se habrá de tener en cuenta al efectuar la oferta económica'.

En último lugar, cuando el artículo 6º del pliego prevé el aumento o reducción del precio del contrato cuando se modifique correlativamente el número de contenedores, dispone taxativamente que el precio correspondiente a cada unidad incluye 'la aportación del contenedor, la limpieza, la conservación, la reposición y la amortización del mismo, así como la recogida del producto ubicado en su interior, el transporte, la eliminación o la incineración de lo que contengan'.

En consecuencia, debe concluirse que del conjunto de las disposiciones del pliego de cláusulas económico-administrativas se desprende sin dificultad que el objeto del contrato comprendía no sólo la recogida y el transporte de los residuos urbanos domiciliarios, sino también su eliminación en vertedero o planta incineradora, como se deduce de todas aquellas prescripciones relativas al objeto contractual, al precio y a su revisión, lo cual no queda desvirtuado por el mero tenor literal del artículo 3º.1, que omite la concreta referencia a la eliminación de los residuos, a diferencia de lo que sucede en el resto de las cláusulas examinadas".

B) Principio general del "enriquecimiento injusto". Teoría general. Aplicación en caso de realización de prestaciones sin prueba de celebración de contrato alguno con la Administración

La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 1358/2007, de 10 de julio** (recurso 1286/2003), FFDD 2º y 3º, ante un supuesto en el que "ni en el proceso ni en el expediente administrativo existe prueba alguna de la celebración de un contrato de suministro, tampoco de un expediente de contratación", aplica el principio general del enriquecimiento injusto, para fundamentar la pretensión de pago de la actora, a propósito de lo cual realiza una exhaustiva exposición de dicho principio, que reproducimos por su interés:

"(...) En razón de ese planteamiento habrá que decir a la actora que el único título jurídico que puede fundar su pretensión es el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto. Su incidencia en el ámbito de la contratación administrativa ha sido reconocida en sede jurisprudencial y así consta en la sentencia de esta Sala (Sección 1ª) de 24 de abril de 2007, decisoria del recurso 3113/2002, lo siguiente: 'Así las cosas, el único título jurídico en el que sería posible apoyar el pedimento de la parte demandante es el principio general que sanciona la prohibición del enriquecimiento injusto, el cual viene siendo admitido de manera constante y uniforme en el ámbito de la contratación administrativa por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; siendo exponentes recientes de que ello es así las Sentencias de 11 de mayo de 2004 (Sección Cuarta), la de 15 de marzo de 2006 (Sección Cuarta) y la de 19 de junio de 2006 (Sección Cuarta)'. La primera de las expresadas dice en el fundamento de derecho 3° lo siguiente: El Código Civil alemán (artículo 812BGB), consagra expresamente la obligación de restituir para quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste se enriquece sin causa. Sin embargo, nuestro CC, posiblemente, por el sistema causalista que consagra para los contratos y obligaciones omite, inicialmente, cualquier referencia al enriquecimiento injusto, y sigue sin regularlo, aunque ahora haga referencia a él en el artículo 10.9 en la redacción dada por la reforma de 1974, al establecer como norma de Derecho internacional privado que en el enrique-

cimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido (...) la admisión, entre nosotros, de la figura de enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. La labor y el mérito de ésta, a lo largo de casi una centuria, ha sido pasar de la regla de la prohibición de los enriquecimientos torticeros de Las Partidas a la delimitación de una acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, tratando de evitar los peligros que presentaba la indeterminación de aquella regla para la certeza y seguridad jurídica. Así, de una parte, se llega a la distinción del principio y de la acción del enriquecimiento sin causa mediante la construcción de una figura jurídica que tiene como 'sentencia de referencia' la ya antigua, pero tantas veces reiterada, de 28 de enero de 1956. Y, de otra, se supera la originaria subsidiariedad de dicha acción dotándola de una amplia funcionalidad y de un progresivo ensanchamiento de los supuestos en que aquélla se reconoce.

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas Sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001, 15 de abril de 2003 y 6 de octubre de 2003, *ad exemplum*, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo (...)".

C) Fijación del *dies ad quem* del cómputo del plazo para la determinación de los intereses de demora

La **SAN de 18 de julio de 2007** (recurso 73/2006), FD 3º, analiza, conforme con la jurisprudencia asentada en esta materia, la determinación del día inicial y final del cómputo del plazo para la determinación de los intereses de demora. Concretamente trata de fijar cuándo concluye el plazo de dos meses para abonar el importe de la certificación y, por tanto, no abonado el mismo, qué día comienza la mora:

"La determinación de la fecha inicial para el cómputo de los intereses de demora debe arrancar de la fijación del plazo del que dispone la Administración para hacer efectivo el importe de la certificación de obra, pues sólo rebasado dicho plazo se constituirá en mora y comenzará a devengarse intereses. Pues bien, el artículo 99.4 del TRLCAP dispone que la 'Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas'. De modo que una vez expedida la certificación correspondiente la Administración dispone de dos meses para abonar la misma. El cómputo de este plazo ha de seguir las reglas ordinarias para el cómputo de los plazos administrativos, previstos en el artículo 48 de la Ley 30/1992, concretamente en el apartado 2 cuando se trata de plazos fijados por meses, en relación con el artículo quinto del Código Civil. Pues bien, el cómputo de los plazos por meses ha de hacerse de fecha a fecha, lo que determina que el plazo ha de entenderse concluido –fecha final– cuando ésta coincide con la inicial, como ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo con una reiteración que excusa cita. Así pues, cuando la certificación se emite el 31 de enero de 2001, como es el caso de la certificación de obra núm. 2, el plazo de dos meses para el abono del importe de dicha certificación expira el 31 de marzo siguiente. Y así con el resto de las certificaciones. La solución contraria que se deduce de la resolución recurrida y que postula la Administración demandada supondría reducir en un día el plazo de dos meses legalmente fijado (...)".

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Definición del Derecho Comunitario del contrato público de servicios y de una concesión de servicios

La **STJCE de 18 de julio de 2007, As. C-382/05,** FJ 33º, señala que "(...) según ha declarado anteriormente el Tribunal de Justicia, de la definición que figura en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 se desprende que un contrato público de servicios, en el sentido de esta Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios [sentencia Parking Brixen (TJCE 2005, 295), antes citada, apartado 39] (...) Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata (...)".

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Organismos públicos. Banco de España. El lugar donde radique la sede estatutaria de la entidad bancaria inspeccionada no atribuye a las Comunidades Autónomas las potestades de inspección de aquél. 2. Comunidades Autónomas. Régimen de precedencias de cargos e instituciones públicas en Baleares. 3. Administración local. A) Diferencia entre las entidades de ámbito inferior al municipio y los distritos urbanos. B) Competencias municipales. Delimitación de la competencia de prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado entre municipio y entidad local menor. C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. a) Negativa a proporcionar información a los concejales contraria al artículo 23 de la Constitución. b) Si se impide a un diputado provincial la pertenencia a un grupo, se vulnera el derecho fundamental que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución. D) Organización municipal. a) Nulidad de los acuerdos adoptados en Pleno convocado de forma extraordinaria el día anterior para aprobar el presupuesto municipal y la revisión del PGOU. b) El desempeño de funciones de Secretaría en una Comisión informativa por un funcionario Técnico de la Administración General genera derecho a indemnización en los mismos términos que la prevista para los vocales. E) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. a) Es nula toda restricción en exclusiva a servicios municipales de la grabación en vídeo y de la difusión de la señal audiovisual de las sesiones del Pleno. b) La remisión a páginas web no satisface el derecho a obtener copia de los documentos administrativos. **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas. La normativa que regula las cualificaciones profesionales de diplomados en enfermería no vulnera los límites de la potestad reglamentaria.**

1. ORGANISMOS PÚBLICOS. BANCO DE ESPAÑA. EL LUGAR DONDE RADIQUE LA SEDE ESTATUTARIA DE LA ENTIDAD BANCARIA INSPECCIONADA NO ATRIBUYE A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS LAS POTESTADES DE INSPECCIÓN DE AQUÉL

El Tribunal en su **STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2007**, Ar. 430, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco de España contra el requerimiento formulado por el Departamento de Hacienda y Administración Pública de la Consejería de Hacienda y Finanzas del País Vasco a la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián el día 28 de febrero de 2005 y notificado al Banco de España el 19 de abril de 2005.

El Banco de España sostenía, y el TSJ le da la razón, que el Gobierno Vasco se había extralimitado en sus funciones e invadía competencias atribuidas al Banco de España en el requerimiento dirigido a la entidad bancaria, al llevar a cabo competencias de inspección y control sobre asuntos competencia exclusiva del Estado, como es el caso del control y supervisión de la solvencia de una entidad de crédito cuando se refiere a las condiciones de solvencia y cumplimiento de las normas de control y disciplina que deben observar las Entidades de Depósito. Lo mismo ocurre con la supervisión del cumplimiento de la normativa contable. Estas determinaciones necesariamente han de gozar de carácter básico, dado su carácter instrumental y complementario para su efectivo cumplimiento. Estas normas son esenciales para procurar una información fiable sobre la verdadera situación económica, financiera y patrimonial de las empresas, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento del sistema financiero. Aspecto este nuclear de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.11º de la CE.

Por lo tanto, estima la Sala que el factor de conexión territorial, el lugar donde radique la sede estatutaria de la entidad, no atribuye a la Comunidad Autónoma la potestad de inspección, que es lo que parece sustentar en último término la Comunidad Autónoma (FJ 5º). Como ha dicho reiteradamente el TC (STC 135/1992), las funciones de vigilancia inspección y control no pueden separarse de las competencias sustantivas de ordenación de crédito a las que sirven. En el caso que resuelve esta sentencia, aunque se trata de una inspección de alcance limitado la que realiza el Gobierno Vasco, las actuaciones inspectoras abarcaron aspectos sustantivos cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado, y por tanto, al Banco de España. La competencia del Banco de España está justificada por su especialización técnica (STC 235/1999) y por su consideración de garante del buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, de la que deriva el carácter básico de las funciones que ejerce, y que tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito, que trasciende de los casos concretos y protege un interés supraautonómico: la estabilidad del sistema financiero en su conjunto (…) Cuestión distinta es que la Comunidad Autónoma pueda ejercer la inspección dentro del ámbito de sus propias competencias (de hecho, la pretensión impugnatoria del Banco de España en este recurso no alcanza la totalidad de las cuestiones incluidas en el requerimiento) o en el marco de cooperación que apunta al Disposición Adicional Primera de la LORCA.

2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. RÉGIMEN DE PRECEDENCIAS DE CARGOS E INSTITUCIONES PÚBLICAS EN BALEARES

La **STS de 3 de mayo de 2007**, Ar. 5813, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Balear y el Abogado del Estado contra la Sentencia del TSJ de Baleares de 15 de noviembre de 2002 que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Baleares 256/1999, de 24 de diciembre, que regulaba el régimen de precedencias (preeminencia o preferencia en el lugar y asiento y en algunos actos honoríficos) de cargos e instituciones públicas en los actos oficiales de dicha Comunidad Autónoma.

El Abogado del Estado estima que las competencias atribuidas a Baleares en su Estatuto de Autonomía, relativas a la "organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno" no implica la asunción de competencia alguna en orden a la fijación de la precedencia entre sus órganos y autoridades y los de distinto orden, sin que tampoco tenga competencia cuando se trata de actos oficiales no organizados por la propia Comunidad Autónoma, puesto que ello vulneraría el artículo 149.3 de la CE. El TS atiende las peticiones del Abogado del Estado y afirma que "de las competencias atribuidas a Baleares en los artículos 10.1 y 11.3 de su Estatuto de Autonomía no resulta que dicha Comunidad haya asumido competencia alguna en orden a la fijación de las precedencias y por tanto sólo puede fijar la precedencia entres sus órganos y autoridades y en los actos oficiales por ella organizados", como se desprende igualmente de la STC 12/1985, en relación con un asunto similar en las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco, que tampoco habían asumido tal competencia genérica.

Una vez establecida esta premisa, el TS se centra en el estudio de la figura de los Consejos Insulares, y de la doble naturaleza de éstos, que resaltó en la STS de 26 de junio de 1998 "Los Consejos Insulares de las Islas Baleares tienen la doble naturaleza de órganos representativos y de gobierno y administración de una Entidad Local y simultáneamente el de órganos autonómicos". Precisamente, por su consideración de órganos autonómicos, en virtud del artículo 2.c) del Decreto 256/1999, de 24 de diciembre, podrá la Comunidad Autónoma de Baleares regular su régimen de precedencias por tratarse de un cargo público propio de la Comunidad, eso sí, únicamente en los actos organizados por la Comunidad Autónoma.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Diferencia entre las entidades de ámbito inferior al municipio y los distritos urbanos

La **STS de 24 de mayo de 2007**, Ar. 3314, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comisión Gestora de la entidad local de ámbito inferior al municipio de "El Perelló". Esta Comisión Gestora entendía que los límites territoriales fijados por la Orden de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad Valenciana, para la propia entidad local menor eran insuficientes, debiendo ampliarse para hacerlos coincidir con los que ella misma propone o considera correspondientes a la "tradicional distribución del asentamiento de población 'El Perelló'". Estos últimos, a su vez, responderían, en su

opinión, a los fijados en la delimitación efectuada por el Ayuntamiento de Sueca mediante el Reglamento de Juntas de Distrito de 1989. La controversia, por lo tanto, se centra especialmente en el límite del territorio asignado a esta entidad inframunicipal.

El TS entiende que "los distritos no encajan en la tipología de aquellos núcleos poblacionales existentes del artículo 47 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales". El hecho de que el Ayuntamiento de Sueca hubiera establecido en 1989 un "distrito" municipal bajo la denominación "El Perelló" no significa, en consecuencia, que la delimitación territorial de dicho distrito deba aplicarse inexorablemente a la nueva entidad inframunicipal que se creó en 1999 y ahora se configura. La creación de tal distrito pretendía tener como efectos una mayor participación ciudadana y una administración más eficaz del término municipal, a cuyo designio se establecía en cada uno de ambos una junta municipal como órgano desconcentrado para la gestión de las competencias municipales que facilitara la participación en ella de los vecinos y canalizara sus aspiraciones a los órganos de gobierno municipales. Se pretendió, con la creación del distrito de "El Perelló", por parte del Ayuntamiento de Sueca, no crear ni reconocer entidades o núcleos diferenciados de naturaleza territorial, sino meras divisiones administrativas del término municipal con objetivos predominantemente funcionales.

B) Competencias municipales. Delimitación de la competencia de prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado entre municipio y entidad local menor

La **STSJ de Castilla y León de 20 de junio de 2007**, Ar. 300288, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta Vecinal de Carvajal de la Legua (León) contra la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Sariegos (León), reguladora del precio público del suministro de agua a domicilio. Esta entidad menor plantea la nulidad de la ordenanza puesto que considera que la competencia para la prestación de tal servicio le corresponde a ella por venir desempeñándola desde tiempo inmemorial.

La normativa a tener en cuenta es, entre otras, la Ley 1/1998, de Régimen Local de Castilla y León. Entre las competencias "propias" que atribuye a las entidades locales menores la citada Ley en el artículo 50.1 no figura ni el abastecimiento domiciliario de agua ni el alcantarillado, sino que atribuye tal competencia al municipio. Lo que sí establece tal Ley es la posibilidad en el artículo 50.2 de que los municipios deleguen algunas de sus competencias en las entidades locales menores, pero con unos límites materiales (puesto que hay competencias como la de gestión y disciplina urbanística que son indelegables) y formales (la necesidad de acuerdo expreso de delegación).

La peculiaridad del caso que nos ocupa reside en que la actora viene ostentando esa competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/1998, supuesto que viene recogido en su Disposición Transitoria Segunda donde establece que "las obras y servicios de competencia municipal que se vengan realizando por entidades locales menores se considerarán delegadas en éstas, salvo que la Junta o Asamblea Vecinal acuerde, en el plazo

de un año desde la entrada en vigor de la nueva Ley, que su gestión o ejercicio se realice por el municipio del que dependan". Efectivamente la Junta Vecinal venía prestando desde 1958 tal servicio, incluyendo la exacción de la tasa por la prestación de este servicio, incorporando su producto a su presupuesto local. Sin embargo, desde 1988 se han solapado actuaciones del Ayuntamiento tendentes a la sustitución, reparación, mejora, desarrollo e implementación del servicio público de abastecimiento de aguas potables y alcantarillado. Según el Tribunal, al no existir acuerdo expreso, y aunque inicialmente la prestación del servicio hubiera sido prestado por la actora, toda la prueba aconseja atribuir el ejercicio competencial al ayuntamiento de Sariegos, máxime si se trata de una competencia esencialmente revocable y, ante supuestos dudosos, el principio general es entenderla atribuida a los municipios y no a las entidades locales menores. Que la Junta Vecinal haya gestionado el cobro de la tasa no puede cuestionar que la titularidad de la competencia de la prestación del servicio corresponda al ayuntamiento.

C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales

a) Negativa a proporcionar información a los concejales contraria al artículo 23 de la Constitución

La **STS de 4 de junio de 2007**, Ar. 5036, desestima con imposición de costas el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella contra la STSJ de Andalucía de 23 de julio de 2001, que declaraba la nulidad de los Acuerdos adoptados por el Ayuntamiento en sesión extraordinaria celebrada el 8 de noviembre de 2000, por vulnerar el artículo 23.1 CE y ordenaba al Alcalde la convocatoria de un nuevo Pleno extraordinario para tratar los asuntos del orden del día que le fueron propuestos, debiendo poner previamente a disposición de los concejales en la secretaría de dicha corporación la información solicitada.

Con motivo de la remisión por parte del Tribunal de Cuentas al Ayuntamiento de Marbella del anteproyecto de informe de fiscalización sobre los ejercicios 1990 a 1999 del Ayuntamiento y de sus sociedades mercantiles, los concejales de la oposición municipal solicitaron la convocatoria de un pleno extraordinario con el objeto de tratar la puesta de manifiesto de dicho anteproyecto y el examen y aprobación de las alegaciones a presentar a éste. Con anterioridad a su celebración pidieron examinar el anteproyecto y las alegaciones y acceder a los expedientes administrativos correspondientes, con sus antecedentes y documentación sin que se les permitiera. El 8 de noviembre de 2000 se celebró finalmente el Pleno en cuestión y, a propuesta del Alcalde accidental, se acordó que no era procedente entregar a los grupos de la oposición municipal la documentación solicitada y que tampoco procedía tratar del asunto relativo al examen y aprobación de las alegaciones a formular al Tribunal de Cuentas.

La Sentencia ahora recurrida, recordando una Sentencia anterior de la propia sala de 20 de noviembre de 2000 sobre un asunto similar, estimó el recurso interpuesto por estos concejales por considerar vulnerado el derecho fundamental reconocido por el artículo 23 CE, ya que los documentos que les fueron negados a los concejales eran necesarios

para que se instruyeran sobre la cuestión sometida al Pleno y porque este último resolvió sin que se les hubiera dado a los recurrentes la posibilidad de obtener copia de tal documentación.

Como repetidamente ha mantenido el Tribunal Supremo en diversas sentencias relativas a recursos de casación relacionados con la actuación del Ayuntamiento de Marbella respecto de los informes del Tribunal de Cuentas que lo fiscalizaban (entre otras, Sentencias de 17 y 27 de noviembre de 2000, 30 de noviembre de 2001, 22 de noviembre de 2004 y 23 de diciembre de 2005), con independencia de cual sea la instancia municipal competente para pronunciarse sobre el citado informe, los concejales de la oposición pueden conocerlo y emitir su decisión al respecto. En palabras del Tribunal, "la actuación del Ayuntamiento de Marbella ha vulnerado claramente el derecho de los concejales recurrentes al ejercicio de su cargo, al privarles del conocimiento de una documentación imprescindible para el desempeño de sus funciones. Y es que, desde ningún punto de vista, puede sostenerse que un anteproyecto de informe de fiscalización de las cuentas municipales durante varios ejercicios es ajeno a ellas y, por tanto, ha de mantenerse fuera de su conocimiento. La fiscalización que realiza el Tribunal de Cuentas versa, según el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 2/1982, sobre 'el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía'. Por otra parte, corresponde al Pleno municipal el control y la fiscalización de los órganos de gobierno del Ayuntamiento así como la aprobación de sus cuentas [artículo 22.2.a) y e) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local]. No cuesta demasiado esfuerzo relacionar, al menos, estas atribuciones del Pleno, así como las apuntadas por el Ministerio Fiscal, con el contenido del anteproyecto de informe del Tribunal de Cuentas y con las alegaciones que al mismo deban hacerse, cualesquiera que sean las delegaciones que se hayan hecho".

b) Si se impide a un Diputado Provincial la pertenencia a un grupo, se vulnera el derecho fundamental que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución

Por **STS de 11 de mayo de 2007**, Ar. 5837, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Palencia frente a la STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2003, que estimaba el recurso deducido contra la Resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Palencia de 13 de febrero de 2001, en procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

La sentencia de instancia declaró la nulidad de pleno derecho del Código de Conducta Política en la Diputación Provincial de Palencia, aprobado como Norma Orgánica en sesión plenaria de 19 de julio de 2000, así como la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Palencia de 13 de febrero de 2001 que desestimó las pretensiones formuladas por los actores y dispuso que éstos pasaran a ostentar la condición de Diputado independiente o "no inscrito", desestimando su designación de portavoz y sus solicitudes de integración en la Comisión de Gobierno y en las Comisiones Informativas Permanentes, de asignación de dedicación exclusiva y las económicas pertinentes y su petición de des-

pacho. También se anularon los acuerdos del Pleno de dicha Diputación Provincial de 19 de febrero de 2001 por los que se tomó conocimiento de los Decretos de la Presidencia que revocaron la delegación especial (y se la encomendaron a otros diputados) atribuida a los recurrentes en, respectivamente, los Servicios de Participación Ciudadana y de Patrimonio y Contratación, así como de la reestructuración de la participación de los Diputados del Grupo Popular en las Comisiones Informativas. Finalmente, la sentencia reconoció el derecho de los recurrentes a formar grupo político mixto o independiente en el seno de la Diputación demandada, a formar parte de las Comisiones Informativas existentes en dicha Corporación, a que se asignase a dicho grupo la dotación económica correspondiente en función de lo establecido en el artículo 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local y a la asignación de despacho o local para reunirse y recibir visitas de ciudadanos, desestimando por el contrario el resto de pretensiones ejercitadas. Posteriormente, la sentencia fue complementada por Auto de la Sala de Valladolid de 16 de mayo de 2003, en el que se acuerda "reconocer a los actores el derecho, inherente al de formar parte de las Comisiones Informativas existentes en la Diputación Provincial de Palencia, a ser indemnizados, según las cuantías y criterios establecidos para los demás Diputados Provinciales, en función de la asistencia a las distintas sesiones de aquéllas, indemnización cuya concreta determinación se hará en la fase de ejecución".

El origen de la controversia se halla en la voluntad de los Diputados demandantes en instancia de no seguir perteneciendo al Grupo político Popular, del que hasta entonces formaban parte, manifestando su propósito de constituir un grupo independiente, con los consiguientes derechos económicos y necesaria reordenación de órganos colegiados. Dicha solicitud fue denegada en base al Código de Conducta Política, aprobado por la Diputación como norma orgánica, que crea la figura del Diputado independiente o "no inscrito". Su artículo 3 dispone que "los Diputados independientes o no inscritos actuarán de forma aislada y no se integrarán en Grupos Políticos", lo que impediría la aplicación del artículo 32 de la Ley de Bases del Régimen Local, en virtud del cual los recursos materiales y personales, y la participación en órganos de la corporación aparecen vinculados a grupos políticos y no a diputados considerados individualmente.

La sentencia de instancia considera que todo concejal o diputado provincial tiene derecho a integrarse en un grupo político, en los términos establecidos legalmente, pues ello forma parte del *status* propio del cargo y su desconocimiento vulnera el derecho fundamental reconocido por el artículo 23 CE, al quedar situado en una situación de desigualdad en el desempeño de sus funciones representativas respecto al resto de los miembros de la corporación. Esta manifestación la basa en la organización grupal del trabajo corporativo que ha establecido nuestro ordenamiento (artículos 73 LBRL y 23.1 del ROF), constituyendo el grupo mixto el conjunto de diputados o concejales que no queden incorporados en ningún otro (STS de 17 de diciembre de 2001).

Tras analizar los pronunciamientos de la sentencia recurrida en casación, el Tribunal Supremo comienza por recordar que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23 CE es un derecho de configuración legal, correspondiendo a la Ley ordenar los derechos y facultades que correspondan a los distintos cargos y funciones públicas, pasando tales derechos a quedar integrados en el *status* propio de cada cargo. Como el propio Tribunal pre-

cisó en su Sentencia de 1 de abril de 2003, cuando se dice que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, esa configuración comprende también la establecida por los Reglamentos a los que compete regular y ordenar los derechos y atribuciones, en este caso, en el ámbito de la organización y funcionamiento de las Corporaciones Locales.

A continuación, la Sala va analizando cada uno de los motivos de casación invocados. En este sentido, considera que no puede defenderse la interpretación que la Diputación Provincial hace del artículo 205.3 LOREG, al considerar que los Diputados Provinciales no son detentadores de la representación popular sino de la del partido político a quien corresponda su puesto. Pero, por otra parte, la nulidad declarada por la Sala de instancia del Código de Conducta Política de la Diputación Provincial de Palencia es ajustada a Derecho, en la medida en que impide la pertenencia a un grupo político a los Diputados que abandonen el grupo al que pertenecían. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un sistema de actuación en el seno de las corporaciones locales mediante la organización en grupos políticos (artículos 73.3 LBRL y 23.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), de modo que la pertenencia a un grupo político forma parte del *status* propio de todo concejal o diputado provincial y es el cauce legalmente previsto para que éstos desarrollen su actividad corporativa. Así, el ejercicio de sus funciones en el seno de la corporación se realiza por medio de los grupos políticos, y tanto la asignación de recursos materiales y personales como la participación en los órganos de la Corporación se articulan a través de los grupos políticos y no de los Diputados individualmente considerados (reglas 2 y 3 del artículo 32 de la Ley 7/1985). Por tanto, es acertada la conclusión a que llega la Sala de instancia de que si se impide a un Diputado Provincial la pertenencia a un grupo se vulnera el derecho fundamental que les reconoce el artículo 23.2 de la Constitución.

Ello no quiere decir, sin embargo, que no sea posible aplicar el artículo 120.2.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, pues el citado precepto reglamentario contempla expresamente la posibilidad de revocación de la delegación de atribuciones por el Presidente de la Corporación, lo que, por otra parte, se acomoda a lo establecido con carácter general en el artículo 13.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre revocabilidad de las delegaciones de competencias. Y, sin embargo, el apartado 2 de la parte dispositiva de la sentencia anula los actos impugnados en todo su contenido, por lo que debe entenderse que el pronunciamiento anulatorio alcanza también a la revocación de las delegaciones especiales que había conferido el Presidente de la Diputación. Es, en ese punto concreto, donde el pronunciamiento de la sentencia recurrida es contrario a Derecho, pues, según acabamos de ver, la revocación de la delegación está permitida en la norma y a ella no le alcanzan las razones dadas para anular las demás determinaciones de los actos administrativos impugnados.

Visto lo anterior, el Tribunal Supremo declara la nulidad del Código de Conducta Política de la Diputación Provincial de Palencia, anula la resolución del Presidente de la Diputación que desestimó las pretensiones de los Diputados recurrentes y anula los acuerdos del Pleno por los que se tomó conocimiento de los Decretos de Presidencia sobre reestructuración

de Comisiones Informativas (aunque desestimando la pretensión de anulación en lo que se refiere a delegaciones especiales por el Presidente). El Tribunal declara también el derecho de los recurrentes a formar grupo político mixto o independiente, a formar parte en la proporción que le corresponda de las comisiones informativas, a que se le asigne a dicho grupo la dotación económica correspondiente, a la asignación de un despacho o local para reunirse y recibir visitas de los ciudadanos, y a ser indemnizados, según las cuantías y criterios establecidos para los demás diputados provinciales, por las sesiones de las comisiones informativas a las que dejaron de asistir en virtud de los acuerdos anulados.

D) Organización municipal

a) Nulidad de los acuerdos adoptados en Pleno convocado de forma extraordinaria el día anterior para aprobar el presupuesto municipal y la revisión del PGOU

Otra de las muchas resoluciones judiciales derivadas del mal funcionamiento del Ayuntamiento de Marbella en los últimos años es la **STS de 27 de junio de 2007**, Ar. 240982, que desestima, con imposición de costas, el recurso de casación interpuesto por dicho Ayuntamiento contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 17 de octubre de 2003. La Sentencia recurrida anuló, en proceso promovido por varios concejales mediante el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los acuerdos plenarios de 27 de marzo de 2002, relativos a la aprobación definitiva del presupuesto general del Ayuntamiento y a la aprobación del texto refundido de la revisión del PGOU de Marbella, en la medida en que se adoptaron en una sesión extraordinaria y urgente convocada el día inmediatamente anterior.

La Sentencia del TSJ de Andalucía entendió que los acuerdos municipales vulneraban el artículo 23 de la Constitución, principalmente porque la convocatoria extraordinaria no fue motivada y no se aportó prueba de la justificación de la urgencia que obligaba a tratar de esa forma temas de enorme calado para la corporación y la ciudadanía de Marbella. Ello impidió a los concejales ejercer su derecho de participación de forma correcta, al no contar con tiempo material para informarse y para acudir al Pleno a debatir y votar los acuerdos impugnados.

El Tribunal Supremo considera que el plazo de antelación establecido para la convocatoria del Pleno constituye una de las condiciones que resultan necesarias para el debido ejercicio del derecho de participación política del artículo 23 CE, por lo que su limitación sin la debida justificación comporta una infracción de dicho derecho fundamental. El Tribunal entiende que

> "No basta tan sólo con que ese lapso de tiempo no haya afectado al derecho de información por haberse podido satisfacer a través de otros trámites municipales, pues ese mínimo de antelación temporal rige en principio también para la preparación de la intervención que cada concejal quiera desarrollar en el Pleno; es decir, rige para todas las actuaciones, no sólo para la información, que el concejal quiera llevar a cabo en el ejercicio de su actividad política (como puede ser convenir con otros concejales la estrategia a seguir en el debate

y la votación).

En el caso enjuiciado, ni la sentencia recurrida apreció justificación suficiente, ni el recurso de casación ha individualizado circunstancias concretas con entidad bastante para valorar como errónea esa apreciación que hizo la Sala de instancia. La sentencia de la Sala de Málaga para apreciar esa falta de justificación se apoya en el orden del día y toma en consideración el "enorme calado" de los temas que iban a ser tratados. Esta ponderación es acertada, porque difícilmente se puede considerar que el presupuesto municipal o el texto refundido del PGOU sean asuntos que por su naturaleza impongan una decisión de urgencia y, en razón de ello, su simple enunciado equivalga a una motivación implícita.

Toda convocatoria de urgencia ha de cumplir el requisito formal de su ratificación por el Pleno municipal, pero no basta sólo con esa ratificación. Es necesario que las razones aducidas para dicha urgencia tengan por su propia naturaleza entidad suficiente para explicarla, esto es, que evidencien que no era posible o conveniente la observancia del plazo de antelación que rige como norma general.

Por otro lado, en lo que se refiere a la significación sustantiva que puedan evidenciar las voluntades concurrentes en la ratificación de la urgencia, y en lo que hace también a la posibilidad de aceptar una motivación implícita en la propia redacción del orden del día, no caben soluciones absolutas o generales. La solución a ambas cuestiones habrá de hacerse en cada caso según sus singulares circunstancias y según la naturaleza de los asuntos sobre los que haya versado el correspondiente Pleno municipal."

El Tribunal termina recordando lo ya manifestado en las SSTS de 6 de julio de 2005 y 31 de mayo de 2006, en las que ha declarado que la garantía del acceso al cargo público del apartado 2 de ese artículo 23 CE se extiende a la permanencia en él y al desempeño de las funciones que le son inherentes. Funciones que, recordadas en lo esencial, consisten en la posibilidad de ejercer el control político a través de los actos de votación, pero también en recabar la información que resulta necesaria para un ejercicio responsable de ese control y en promover el debate que es consustancial al pluralismo. Consecuentemente, la indebida limitación de ese desempeño se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el tan repetido artículo 23 CE.

b) El desempeño de funciones de Secretaría en una Comisión Informativa por un funcionario Técnico de la Administración General genera derecho a indemnización en los mismos términos que la prevista para los vocales

El Tribunal Supremo en **STS de 13 de julio de 2007**, Ar. 240573, declara no haber lugar al recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Santander contra la Sentencia de 5 de marzo de 2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de la misma localidad. Dicha sentencia declara el derecho de la recurrente a percibir indemnización por asistencia a la Comisión Informativa Permanente de Fomento, Urba-

nismo, Obras y Viviendas del Ayuntamiento de Santander, en la cuantía de 210,13 euros por sesión, y condena a la Administración a que abone tal indemnización.

El Ayuntamiento había negado dicha indemnización, pese a que el Alcalde había delegado en una funcionaria municipal funciones de asesoramiento legal y de fe pública en la Comisión Informativa Permanente de Fomento, Urbanismo, Obras y Viviendas. Por ello, solicita al Tribunal Supremo que fije la siguiente doctrina: "La indemnización por asistencia a reuniones de órganos colegiados de los Ayuntamientos (Comisiones Informativas) de los funcionarios que personalmente o por delegación o representación asistan a éstas por su condición de funcionarios debe de ser autorizada expresamente por el pleno de cada Ayuntamiento, sin que puedan reconocerse a los funcionarios las indemnizaciones que por dichas asistencias corresponden a los Concejales, sin dedicación exclusiva o parcial, que sí han sido fijadas por el Pleno expresamente". Para ello, el Ayuntamiento interpreta el artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002 entendiendo que la concurrencia a órganos colegiados no implica en todo caso derecho a indemnización, pues, por un lado, ese derecho es excepcional y, por otro, requiere de una autorización del Pleno de la Corporación, la cual no se ha producido, pues –en su opinión– no sirve al efecto el Acuerdo de 8 de julio de 2003 sobre indemnizaciones por razón de servicio de los concejales.

El Tribunal Supremo matiza esta interpretación dando algunas explicaciones sobre el contenido del citado artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002, que reproducimos a continuación:

> "Entre las determinaciones expresas del artículo 28.1 y concordantes, está la esencial de constituir, de crear, el derecho a la indemnización por asistencia a órganos colegiados, Y es esencial porque obliga a la Administración a aplicar ese derecho, adoptando las medidas generales y las decisiones singulares precisas al efecto, cuando así se derive de las normas referidas y en los términos que quepa inferir de las mismas (…)
>
> Las indemnizaciones por asistencia que nos ocupan se distinguen claramente del resto de indemnizaciones contempladas en el RD 462/2002. Mientras estas últimas atienden a las circunstancias de tiempo o lugar en que se desarrolla el trabajo (viajes, traslado de domicilio, alojamiento, comida) y, por ende, buscan compensar económicamente los perjuicios, fundamentalmente económicos, que tales circunstancias implican; las indemnizaciones por asistencia atienden, no a las circunstancias objetivas del trabajo encomendado, sino a éste en sí mismo, a las funciones o tareas que conlleva, y, por eso, su fin no es compensar perjuicios objetivos ocasionados por los hechos o condiciones que circundan el desempeño del trabajo, sino compensar la realización misma de las funciones que el trabajo encomendado integra.
>
> Esta distinción de naturaleza y sentido institucional explica la remisión que el artículo 28.1 RD 462/2002 hace a la autoridad administrativa, en orden a la implementación de las indemnizaciones por asistencia a órganos colegiados; pues, así como en las otras indemnizaciones aludidas, el dato objetivo del perjuicio y la normalmente fácil valoración económica del mismo permiten una determinación precisa en la norma, en las asistencias de que se trata, la consecución del fin compensatorio buscado y la propia materialización

> del sentido jurídico de la institución, requieren de apreciaciones casuísticas que la norma no puede recoger en toda su amplitud y detalle (pero que sí puede y debe, como hemos visto, orientar y sujetar).
>
> Ahora bien, esa misma naturaleza institucional que exige una remisión a un cierto margen de apreciación administrativa casuística, impone límites, en forma de criterios vinculantes, a la actuación administrativa.
>
> Sintetizando en relación a lo que importa al caso, podemos decir que los criterios a seguir por la Administración, en la aplicación del artículo 28.1 citado, son dos, uno que se pude formular de forma positiva y otro que cabe enunciar negativamente; a saber:
>
> 1. Debe declararse el derecho a indemnización cuando la asistencia a órganos colegiados implique funciones y/o tareas que no se encuentren expresamente recogidas en el contenido funcional del puesto que ocupa el interesado y que no se puedan considerar como una extensión razonable y coyuntural del mismo, atendiendo a su naturaleza y significado dentro de la estructura organizativa de que se trate (...)
>
> 2. No debe declararse el derecho a la indemnización por asistencia a órganos colegiados, cuando la compensación justa que la institución busca pueda lograrse por otros cauces previstos en la normativa funcionarial aplicable; es decir, cuando estén previstas compensaciones específicas, en el marco o no de otros conceptos retributivos, para el desempeño de esas funciones que, por su naturaleza, podrían entrar en el criterio positivo expresado precedentemente."

En el presente caso, se encomienda a un Técnico de la Administración General una función de asesoramiento jurídico de una comisión informativa. El recuente no desarrolla funciones propias sino que efectúa tareas de secretaría por delegación. Por tanto, la recurrente desarrolla funciones completamente ajenas a su puesto, que tampoco pueden considerarse como una extensión implícita y razonable del mismo, por lo que cabe aplicar el criterio positivo que acabamos de enumerar. También procede aplicar el negativo, pues la Administración no ha compensado las funciones encomendadas a la recurrente por otro cauce alternativo. Lo anterior conduce a declarar el derecho de la recurrente a indemnización por asistencia a órgano colegiado.

El Tribunal concluye sus argumentaciones aclarando que, cuando los artículos 27 y 28 del Real Decreto 462/2002, contemplan la indemnización por concurrencia a órganos colegiados, no están configurando una norma carente de aplicabilidad inmediata, ya que no se trata de una mera recomendación a la Administración, ni de la fijación de un objetivo que aquélla deberá alcanzar como y cuando estime oportuno. Estamos, por el contrario, ante una norma vinculante y plenamente eficaz, en cuya concreción, cuantitativa y sustantiva, la Administración tiene algo que decir, pero con plena sujeción a la efectiva constitución del derecho que hace la norma.

En el presente caso la Administración demandada ya ha dictado un acto en el que fija esas indemnizaciones (Acuerdo de Pleno de 8 de julio de 2003). Cierto es que ese acuerdo sólo contempla a los concejales que deban concurrir a las reuniones de órganos colegiados; pero, habida cuenta que la omisión de un acuerdo similar respecto de los funcionarios, no puede, como queda dicho, impedir la efectividad del derecho de éstos en los casos que fijan las normas aludidas, tal acuerdo es aplicable a los efectos de fijar la cuantía de la indemnización, pues su existencia permite la fijación de un parámetro objetivo y claro de concreción.

Por último hay que señalar que la cuantía de la indemnización a tener en cuenta no es la asignada por el citado acuerdo a los presidentes de las comisiones, sino las asignadas a los vocales. Y ello porque la función del presidente implica una posición central que requiere un trato singular, a los efectos que nos ocupan, lo que determina que la función de secretaría de la comisión deba considerarse, a tales efectos, equiparable a la de los vocales

E) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales

a) Es nula toda restricción en exclusiva a servicios municipales de la grabación en vídeo y de la difusión de la señal audiovisual de las sesiones del Pleno

La **STS de 11 de mayo de 2007**, Ar. 5838, desestima, con imposición de costas, el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Pilar de la Horadada contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de enero de 2003. La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Televisión Horadada, SL a través de la vía del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 23 de octubre de 2001, relativo a grabación y difusión audiovisual de las sesiones del Pleno de la Corporación, así como contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el anterior. El TSJ considera nulas las mencionadas resoluciones municipales declarándose asimismo el derecho de la parte actora al acceso a la grabación de las sesiones plenarias en condiciones de igualdad.

El acuerdo mencionado establecía que la grabación en vídeo y la difusión de la señal audiovisual de las sesiones del Pleno se encomendaban en exclusiva a los servicios municipales, bien mediante sus propios medios, bien mediante los que fueren precisos contratar para el cumplimiento de su función. En consecuencia prohibía el acceso y la instalación en el salón de sesiones de dispositivos de grabación en vídeo o transmisión de señal audiovisual diferentes a los instalados por el propio Ayuntamiento. El Tribunal Supremo confirma la nulidad de esta disposición, amparándose en la numerosa jurisprudencia constitucional en torno a la libertad de información, el derecho a una información veraz y la vigencia del principio de proporcionalidad en toda aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales; jurisprudencia que ya fue señalada por la propia sentencia de instancia (SSTC 6/1981, 12/1982, 62/1982, 77/1982, 52/1983, 13/1985, 104/1986, 171/1990, 172/1990, 52/1995, 176/1995, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999 y 187/1999).

En resumen, el Alto Tribunal ha afirmado que las libertades del artículo 20 CE no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático (STC 12/1982). Por su parte, el artículo 21 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 CE, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (STC 6/1981). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (STC 159/1986). No debe olvidarse que el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (artículo 20.2 CE). Por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de ésta, con la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más "débiles y sutiles", que tengan por efecto, no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su artículo 20.1 (STC 187/1999).

Partiendo de lo anterior, la Sala de instancia entendió que el acuerdo municipal restringía de manera injustificada el derecho de la actora a la obtención y difusión de información de interés general. Salvo en casos puntuales en que existen limitaciones derivadas de derechos individuales de los ciudadanos afectados por un expediente administrativo o por la legislación sobre secretos oficiales, las sesiones plenarias de los Ayuntamientos son públicas y no hay restricción alguna al derecho de la ciudadanía a su acceso directo e inmediato. El Tribunal Supremo acoge los razonamientos del TSJ, que, por su interés, reproducimos a continuación:

> "Permitir la emisión televisiva de la sesión plenaria equivale a la presencia en el pleno de la totalidad de los vecinos que tuvieran interés en ello y que –por las naturales limitaciones de espacio– no podrían normalmente acceder a ello. La limitación del acceso de las cámaras –la cual no se funda en razones de concurrencia de múltiples medios de comunicación que hiciera imposible el acceso de todos por razones físicas y que obligara a la supeditación a un sistema de acreditaciones o de puesta en común de la toma de imágenes– implica una suerte de censura previa de la obtención de la información, privando de esta manera no sólo al medio de comunicación demandante de su derecho fundamental, sino obstando también el derecho a la información de los vecinos.

> No puede perderse –en este punto– la perspectiva de que el ejercicio de los derechos de información y participación de los ciudadanos en el ámbito político y administrativo se funda –en un extremo esencial– en la libertad de información y que ella se actúa primordialmente a través de los medios de comunicación independientes y no administrativizados, por lo que cualquier género de limitación o censura en la obtención de la información –cual es el caso– se convierte en una conculcación de los principios informadores de estas libertades, esenciales para el funcionamiento del sistema constitucional democrático, y en particular (y en lo que a éste proceso hace, pues en él debe resolverse la demanda de la mercantil actora) de los derechos fundamentales de los informadores, garantes en definitiva de ese sistema."

Como recuerda el Tribunal Supremo, los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos con posterioridad a la sentencia recurrida no han venido sino a reiterar la doctrina que en ella se recoge. Cabe destacar en este sentido las SSTC 56/2004 y 57/2004, ambas de 19 de abril, que anulan determinados acuerdos gubernativos que prohibían el acceso de profesionales con medios de captación de imagen a las vistas celebradas en las salas de los tribunales de justicia, cuya doctrina es trasladable al caso que nos ocupa.

b) La remisión a páginas web no satisface el derecho a obtener copia de los documentos administrativos

El Tribunal, en **STSJ de Cataluña 379/2007, de 18 de mayo**, Ar. 278012, estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia de 9 de enero de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Barcelona, en la que se desestimaba el recurso interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de reposición planteado por un ciudadano contra la resolución de una Alcaldía que rechazaba su solicitud de obtener copias de las actas de varios acuerdos municipales y le remitía a la página web del Ayuntamiento donde aparecían publicadas todas las actas.

El ciudadano solicitaba copia de varias actas tratando de encontrar unas manifestaciones del Alcalde que había efectuado en un Pleno celebrado el 25 de marzo de 2004 y que, presuntamente, faltaban a la verdad y atentaban a su honor y buen nombre. El TSJ entiende que el solicitante tenía derecho a obtener copia de los acuerdos municipales en base a los artículos 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 70.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, 155 de la Ley Municipal de Cataluña y 207 y 239 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Entes Locales. De estos preceptos se desprende el derecho de los ciudadanos a obtener copias de los acuerdos municipales salvo razones en contra de interés público o de protección de terceros que desde luego no invoca la resolución denegatoria, o cuando ello pueda suponer un ejercicio abusivo determinante de un entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales, que tampoco se da en el caso de autos porque la solicitud del actor se contrae a un corto período de tiempo en el que no son numerosas las sesiones de los órganos municipales respecto de las cuales pide copia de los acuerdos en ellas adoptados (debiéndose tener en cuenta además que su solicitud se extiende al tiempo en que presumiblemente se hubiera podido aprobar el acta de la sesión plenaria en que, al parecer, se profirieron expresiones atentatorias a su honor). Este dato, por lo demás, revela incuestionablemente su interés en acceder al acta de dicha sesión.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS. LA NORMATIVA QUE REGULA LAS CUALIFICACIONES PROFESIONALES DE DIPLOMADOS EN ENFERMERÍA NO VULNERA LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La **STS de 22 de mayo de 2007**, Ar. 276011, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería de España, contra normativa por la que se establecían determinadas cualificaciones que se incluían en el Catálogo Nacional de cualificaciones profesionales así como sus correspondientes módulos formativos.

El TS manifiesta que no debe olvidarse que la norma impugnada se limita a establecer los contenidos de unas enseñanzas, sin que con ello habilite a quien las supere y obtenga así el título correspondiente para invadir esfera alguna de actuación que esté reservada por el ordenamiento jurídico para una o unas determinadas profesiones tituladas. En otras palabras, la norma se limita a fijar las enseñanzas o estudios que son convenientes o necesarios para quien pretenda ostentar un determinado título de formación profesional, pero no habilita al titulado para desenvolver una actividad profesional, aun relacionada con tales enseñanzas, que la Ley haya reservado para unos determinados profesionales.

El TS concluye que el Real Decreto impugnado trata de desarrollar, y lo hace, la Ley Orgánica de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y además de no pretender la regulación de ejercicio profesional alguno, se limita a definir y concretar los conocimientos de los técnicos del transporte sanitario, sin atribución de funciones ni de competencias, y por tanto con respeto del marco competencial del enfermero, al que para nada se refiere y sin vulnerar los límites de la potestad reglamentaria.

Pedro A. Martín Pérez
Jesús del Olmo Alonso
Vanesa Rodríguez Ayala
Miguel Sánchez Morón

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Potestad sancionadora. A) Extensión, sin restricciones, de los principios del Derecho Administrativo Sancionador a las sanciones impuestas por las Federaciones deportivas. **2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Aplicación extensiva del tipo. B) Prohibición de la analogía. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco, incluso en sede judicial. **4. Antijuridicidad.** A) Puede existir antijuridicidad en un pacto colusorio, aunque éste no tenga finalidad económica. B) Estado de necesidad: no se aprecia su concurrencia. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Error de prohibición. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: *non bis in idem*.** A) La vulneración del *non bis in idem* material exige la identidad de fundamento de los dos castigos impuestos. B) Vulneración del *non bis in idem* material por la doble sanción de la misma infracción. C) *Non bis in idem* en las infracciones en las que se reincide: momento en el que se puede iniciar un nuevo procedimiento sancionador. D) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de infracciones. **7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) La notificación de la acusación por edictos, si fue posible realizarla en el domicilio, vulnera el derecho a ser informado de la acusación y es causa de nulidad de la sanción. B) La brevedad de los plazos para alegar en el procedimiento sancionador no vulnera *per se* el derecho de defensa si es razonable y necesaria para hacer efectiva el principio de celeridad. C) Derecho a la asistencia letrada. D) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material. E) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria. F) Posibilidad de la ampliación del plazo para resolver y notificar sobre la base del artículo 49 LAP. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) La vulneración del derecho fundamental a la prueba exige que el recurrente en amparo acredite que la prueba, inadmitida o no practicada, fue propuesta en tiempo y forma, pertinente y decisiva en términos de defensa. B) Valor probatorio de las actas

de inspección. C) Necesidad de que las denuncias o partes informativos redactados por personal simplemente habilitado por la Administración sean ratificados para ser considerados prueba testifical. **9. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución. B) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica. La expulsión de extranjeros. C) Que la fecha en que se dicta la sanción no conste en la resolución es irrelevante si se notifica dentro de plazo para resolver y notificar. **10. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) Consecuencias de la concurrencia de circunstancias modificativas de la culpabilidad o antijuridicidad especialmente cualificadas. **11. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) El acto de iniciación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnable jurisdiccionalmente. B) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción.

1. POTESTAD SANCIONADORA

A) Extensión, sin restricciones, de los principios del Derecho Administrativo Sancionador a las sanciones impuestas por las Federaciones deportivas

A raíz de dos sanciones deportivas impuestas por las Federaciones Española y Catalana de Taekwondo y la posible aplicación a este supuesto del principio *non bis in idem*, de lo que nos ocupamos más adelante, la **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2007,** Ar. 381, señala que "las Federaciones deportivas ejercen, en el ámbito disciplinario deportivo, verdaderas potestades administrativas, por lo que son de aplicación sin restricciones los mismos principios inspiradores del Derecho administrativo sancionador, entre los que destaca la interdicción del *bis in idem*".

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Aplicación extensiva del tipo

La Ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, tipifica como infracción administrativa "la realización de actos, negocios, transacciones u operaciones prohibidas en virtud de la adopción de las medidas a que se refieren los artículos 4, 5 y 7" (estos preceptos regulan, entre otros as-

pectos, una serie de medidas frente a fondos y recursos económicos del Gobierno de Irak y organizaciones vinculadas al terrorismo internacional y otras medidas que adopte el Consejo de la Unión Europea). A partir de este tipo, el Consejo de Ministros había sancionado al Banco Árabe Español por no haber bloqueado dos cuentas corrientes (vinculadas al Gobierno de Irak) y haber omitido, en consecuencia, la correspondiente comunicación de dicho bloqueo a la Administración. La **STS de 20 de marzo de 2007**, Sección Tercera, Ar. 2324, en línea con lo argumentado por la entidad recurrente, considera que el tipo transcrito está claramente referido a actuaciones positivas, sin que quepa extender su alcance a la omisión o incumplimiento de determinadas actuaciones obligatorias, "pues ello supondría una interpretación analógica o expansiva de una norma sancionadora contraria a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 25 de la Norma superior". Y añade: "No podemos entender, en definitiva, sin forzar el sentido propio de los términos y ampliar el contenido de una norma sancionadora que la no adopción de tal medida de bloqueo pueda calificarse como un acto, negocio o transacción u operación que infrinja la prohibición de movimientos de capitales y pagos respecto de terceros países". Más aun, la sentencia admite que la obligación de bloquear las cuentas está "perfectamente delimitada en el Reglamento comunitario, pero sin embargo, el legislador español no la ha recogido adecuadamente a los efectos sancionadores en la norma dictada al efecto". La sentencia tiene un interesante voto particular que defiende la legalidad de la actuación administrativa, sobre la base de la primacía y efectos directos del Derecho comunitario y de una interpretación del tipo que –se dice– es más respetuosa con estos principios.

B) Prohibición de la analogía

Un Registrador Mercantil Central expidió, de manera reiterada y aun habiendo sido advertido de no hacerlo por la Dirección General de los Registros y del Notariado, minutas en las que cobraba por los conceptos arancelarios "busca" y "presentación", conceptos que no figuraban previstos en las disposiciones reguladoras de los derechos arancelarios de los Registradores. Por tales hechos, fue sancionado con la suspensión en el ejercicio de sus funciones por tres meses por la comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario consistente en "la percepción de derechos arancelarios sobre valores distintos a los legalmente establecidos, cuando haya intervenido dolo o culpa grave".

La **STC 229/2007, de 5 de noviembre,** dictada en recurso de amparo, considera que "la actuación del demandante no ha consistido en aplicar –y percibir–, unos conceptos arancelarios procedentes a [unos] valores distintos de los previstos legalmente, sino en percibir derechos arancelarios inaplicables en el caso". A partir de ahí, reitera una doctrina constitucional constante que afirma que en los ámbitos penal y sancionador "está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*" pues, en caso de admitir el uso de estas técnicas jurídicas, "éstas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes". Y finalmente, la sentencia otorga el amparo solicitado al estimar 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 25.1 CE), en su vertiente material".

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco, incluso en sede judicial

El Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información impuso a la entidad mercantil *Antena 3 de Televisión, SA,* nueve sanciones de multa por un importe total de 67.925 euros como autora de nueve infracciones graves del artículo 20.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio. Los hechos consistieron en la modificación, durante el mes de abril de 2004, de la programación diaria anunciada con once días de antelación. De conformidad con el artículo 18 de la Ley 25/1994, los operadores de televisión tienen la obligación de hacer pública su programación con la "antelación suficiente" para garantizar el derecho a la información que los telespectadores tienen en tanto que usuarios, constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción grave según el artículo 20.2 de la misma ley. En virtud de una habilitación legal expresa para interpretar el contenido del concepto jurídico indeterminado "antelación suficiente", el artículo 2 del Real Decreto1462/1999, de 17 de septiembre, fijó la duración de dicho plazo en once días. No obstante, el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, modificó la redacción de este artículo, reduciendo el plazo a tres días. Ante estos hechos, la **SAN de 19 de junio de 2007,** Sección Octava, Ar. 422, aplica el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

En primer lugar, la sentencia asume abiertamente la aplicación de este principio en sede jurisdiccional, afirmando rotundamente, con profusión de citas jurisprudenciales, que "este principio resulta aplicable a un caso como el de autos, en que la norma posterior que afecta de forma favorable al tipo sancionador (Reglamento que desarrolla el concepto de "antelación suficiente" del artículo 18 de la Ley) se dicta con posterioridad a la resolución sancionadora que lo aplica y estando sustanciándose el recurso jurisdiccional presentado contra la misma". En segundo lugar, la sentencia llama la atención sobre el hecho de que, en los casos como el de autos, "el precepto legal 'en blanco' permanece inalterado, cambiando sólo en sentido más beneficioso para el presunto infractor la norma que desarrolla ese precepto legal" y afirma que

> "a los efectos de la retroactividad de la Ley más favorable, una vez que el tipo existe, resulta intrascendente que su alteración o eliminación tenga lugar por modificación de la norma sancionadora en blanco o por modificación de la regla complementaria que viene a dar el último contenido al tipo. El fundamento de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable se concreta en razones humanitarias o de estricta justicia, opera siempre que una modificación normativa afecte a la norma en blanco o a la complementaria, evidencia de que determinada costumbre ha dejado de ser socialmente reprochable".

En consecuencia, y dado que *Antena 3 de Televisión* había anunciado con más de tres días de antelación dos de las modificaciones por las que fue sancionada, la sentencia anula las sanciones impuestas a raíz de tales modificaciones, manteniendo las otras siete.

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Puede existir antijuridicidad en un pacto colusorio, aunque éste no tenga finalidad económica

Así lo sostiene la **STS de 27 de febrero de 2007**, Sección Tercera, Ar. 883, que añade que es suficiente que "produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia", para que este elemento ya concurra en la conducta sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Se trataba de un pacto entre distintas sociedades de medios de pago (VISA, 4 B, etc.) y entidades financieras, para actuar de la misma forma ante prácticas fraudulentas que pudieran detectarse en los comercios adheridos.

B) Estado de necesidad: no se aprecia su concurrencia

En el supuesto que se acaba de comentar, la entidad financiera sancionada alega en su defensa la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, pues con esa conducta lo que pretendían era evitar la realización de actividades delictivas mediante la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, subsumibles en los delitos de estafa y falsedad documental. La **STS de 27 de febrero de 2007**, Sección Tercera, Ar. 883, rechaza "la consideración que realiza la actora, de que el bien jurídico de defensa de la competencia, en el modo y tiempo que ella pueda decidir, tenga que ceder ante el bien jurídico de reaccionar adecuadamente para evitar la comisión de un delito, pues ni a ella corresponde determinar cuándo una conducta es o no delictiva, ni los medios o formas de luchar contra esa forma de criminalidad".

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Error de prohibición

El BBVA había sido sancionado por el incumplimiento de un requerimiento de información que le había dirigido la Administración tributaria. Los hechos eran los siguientes. La AEAT había iniciado actuaciones inspectoras contra una entidad mercantil y puesto que ésta no le facilitaba los movimientos de su cuenta corriente, se requirió tal información al BBVA. Contra este requerimiento la entidad mercantil, no el BBVA, interpuso los correspondientes recursos administrativos, declarándose la suspensión del acto. Una vez resueltos desfavorablemente los recursos, la misma entidad mercantil acudió a la vía jurisdiccional donde solicitó la suspensión del requerimiento e informó de la interposición de este recurso por conducto notarial al BBVA. En su momento, la Audiencia Nacional rechazó la suspensión. Ante el incumplimiento de los mencionados requerimientos de información, una vez resueltos los recursos administrativos, la AEAT sanciona al BBVA. El BBVA impugna la sanción y la **STS de 13 de febrero de 2007**, Sección Segunda, Ar. 1094,

estima el recurso de casación, pues sobre la base de que "constituye una exigencia del artículo 24 de la Constitución el no proceder a la ejecución de los actos administrativos que han agotado la vía administrativa, cuando son impugnados jurisdiccionalmente si se solicita ante estos órganos jurisdiccionales la suspensión", considera que la conducta de la entidad demandante no puede ser sancionada "pues está amparada en la creencia legítima de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico al no habérsele notificado la resolución denegatoria de la suspensión acordada por la Audiencia Nacional", en un proceso donde –recuérdese– no era parte.

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) La vulneración del *non bis in idem* material exige la identidad de fundamento de los dos castigos impuestos

La falta de este requisito conduce a la **STC 236/2007, de 7 de noviembre,** Pleno (recurso de inconstitucionalidad) a rechazar la inconstitucionalidad del apartado 50 del artículo primero de la Ley 8/2000 que reforma el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. El artículo 57.2 dispone:

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

A la alegación de que este precepto vulneraría la dimensión material del *non bis in idem* "por cuanto establece que el mismo sujeto puede ser objeto de una sanción penal (privación de libertad) y de una sanción administrativa (expulsión) con base en un mismo fundamento", la sentencia, "al margen (...) de la naturaleza (sancionadora o no) de la expulsión" (*sic*) declara que "en el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues (...) la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes". En supuestos próximos, alguna línea jurisprudencial ha mantenido que ni siquiera hay identidad de hecho, pues la pena castiga la comisión de un delito y la expulsión acontece por la condena a pena privativa de libertad superior a un año por delito doloso.

B) Vulneración del *non bis in idem* material por la doble sanción de la misma infracción

El Club Deportivo Jordán y su presidente, pertenecientes a la Federación Catalana de Taekwondo, participaron en competiciones organizadas por entidades ajenas a la estruc-

tura federativa. Ante tales hechos, la Federación Catalana de Taekwondo incoó procedimiento sancionador contra ambos y, al mismo tiempo, puso los hechos en conocimiento de la Federación Española. Esta última dictó resolución imponiéndoles sanción de inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos en la organización deportiva, privación a perpetuidad de las licencias federativas y pérdida definitiva de los derechos de asociado. Con posterioridad, la Federación Catalana dictó su propia resolución sancionadora por los mismos hechos. La **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2007,** Ar. 381, declara nula la segunda sanción en aplicación del principio *non bis in idem*, dado que "la Federación Catalana de Taekwondo, que había puesto en conocimiento de la Federación Española los hechos de autos a los efectos disciplinarios pertinentes, no podía iniciar a su vez un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos, ni podía imponer una sanción cuando ya lo había hecho anteriormente la Federación Española, al tratarse de unos mismos hechos y una misma infracción".

C) *Non bis in idem* en las infracciones en las que se reincide: momento en el que se puede iniciar un nuevo procedimiento sancionador

STS de 31 de enero de 2007, Sección Cuarta, Ar. 1028. Se resuelve un recurso de casación en interés de ley en el que se declara que la prohibición de *non bis in idem* no impide "sancionar de nuevo esa conducta cuando se reincide en la misma en fechas diferentes, y una vez que la sanción impuesta en la primera ocasión es firme en vía administrativa y, por tanto, ejecutiva, sin que sea preciso esperar para ello a que esa sanción alcance firmeza en la vía jurisdiccional como entendió la sentencia recurrida".

D) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de infracciones

El Banco Árabe Español, en el supuesto comentado más arriba [crónica VII.2.A)], había sido sancionado por dos infracciones consistentes en no haber procedido a bloquear dos cuentas corrientes. La entidad actora entiende que su conducta con respecto a ambas cuentas constituye una única actuación infractora, existiendo identidad tanto del sujeto infractor como del bien jurídico protegido, así como de la norma que se considera infringida. No obstante, la **STS de 20 de marzo de 2007**, Sección Tercera, Ar. 2324, rechaza esta alegación:

> "(...) la entidad bancaria ha omitido su deber de bloqueo de cuentas y de comunicación a la Administración en relación con dos cuentas distintas pertenecientes a sujetos diferentes. No se trata de una única conducta infractora, pues la obligación incumplida no consistía en una actuación que pudiera ejercitarse de manera unitaria. La entidad actora debía proceder al bloqueo específico de cada una de las cuentas (...). Resulta en todo punto evidente que dicha obligación comportaba actuaciones distintas, que podían cumplirse o incumplirse de manera individualizada, por lo que cada incumplimiento constituye una infracción de dicha obligación, sancionable de forma separada".

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La notificación de la acusación por edictos, si fue posible realizarla en el domicilio, vulnera el derecho a ser informado de la acusación y es causa de nulidad de la sanción

Lo declara, una vez más, la **STC 219/2007, de 8 de octubre,** Sala Segunda (recurso de amparo), que enjuicia un supuesto materialmente idéntico al de las SSTC 157/2007, de 2 de julio, 145/2004, de 13 de septiembre, y 54/2003, de 24 de marzo, de las que dimos cuenta en *JA,* núm. 37, VII.8.B), núm. 20, VII.8.E) y núm. 26, VII.9.D), respectivamente. En el caso, el propietario de un vehículo es sancionado por estacionar en el carril bus-taxi con una multa de 120 euros. La denuncia le fue notificada en un domicilio erróneo y, al resultar desconocido, se procedió a la notificación mediante edictos. Posteriormente, la resolución sancionadora sí se le notificó en su actual domicilio. El recurrente aportó un documento, relativo al censo electoral, que constata que, al tiempo de notificarse la denuncia, el Ayuntamiento conocía su domicilio actual. La sentencia concluye:

> "es evidente que la falta de diligencia de la Administración en la averiguación del domicilio transgredió constitucionalmente el derecho a la defensa (...). En este caso, como ya hemos declarado en la STC 157/2007 (...), 'la sanción se ha impuesto de plano al demandante de amparo, esto es, sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privándole de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador".

En consecuencia, declara la nulidad de la multa.

También la **STC 226/2007, de 22 de octubre,** Sala Segunda (recurso de amparo), resuelve un supuesto similar y, aplicando la misma doctrina, anula la multa que se había impuesto. En el caso, la entidad mercantil propietaria de un vehículo es sancionada por incumplir el deber de identificar al conductor al tiempo de cometerse con su vehículo un supuesta infracción de tráfico. El requerimiento para identificar al conductor y la incoación del expediente sancionador se intentaron notificar en su anterior domicilio y, al resultar estos intentos infructuosos, se procedió a la notificación mediante edictos. La resolución sancionadora sí se notifica en el nuevo domicilio. El cambio de domicilio social había sido inscrito en el Registro Mercantil casi un año antes del primer requerimiento.

B) La brevedad de los plazos para alegar en el procedimiento sancionador no vulnera *per se* el derecho de defensa si es razonable y necesaria para hacer efectiva el principio de celeridad

Lo declara la **STC 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno** (recurso de inconstitucionalidad), con relación al plazo de cuarenta y ocho horas que el artículo 63.2 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, tras reforma por Ley 8/2000, otorga al imputado para formular alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento preferente sancionador de expulsión de extranjeros por las causas (de fácil apreciación o

especial gravedad) previstas en el artículo 63.1 de la Ley. En consecuencia, se resuelve que el citado precepto es constitucional.

C) Derecho a la asistencia letrada

Se ve frustrado si se ejecuta el acuerdo sancionador de expulsión de un extranjero sin haber notificado esta resolución en forma (**STS de 27 de abril de 2007**, Sección Quinta, Ar. 2145).

D) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material

– El Ayuntamiento de Petra inició un procedimiento sancionador contra tres administrados por la realización de obras ilegales. Durante la tramitación, se formularon alegaciones por los imputados y se aportaron dos informes –del arquitecto municipal y del asesor jurídico del Ayuntamiento, respectivamente–. No obstante, debido a ciertos defectos en el decreto de iniciación, se dictó un acuerdo que lo revocó e inició un nuevo procedimiento dictándose directamente la propuesta de resolución. Tras su notificación, los interesados formularon alegaciones, propusieron pruebas y presentaron ciertos documentos (contrato de arrendamiento de local entre dos de los imputados y una fotografía de las obras). Sobre tales documentos, el asesor jurídico del Ayuntamiento y el arquitecto municipal volvieron a emitir sus informes, tras lo cual se dictó sin más resolución sancionadora de acuerdo con los términos de la propuesta. Los sancionados impugnaron la multa alegando la falta de audiencia tras la emisión de los informes. Al respecto, la **STSJ de las Islas Baleares de 20 de febrero de 2007,** Ar. 367, recuerda que "la falta de audiencia del interesado debe contemplarse (...) desde un punto de vista material, es decir, observando si con su omisión se ha producido una efectiva indefensión del interesado, pues sólo entonces dará lugar a la revisión del acto y a la retroacción de las actuaciones". Para saber si se ha producido indefensión hay que "determinar el influjo que haya podido tener en el acto resolutorio tal omisión; esto es, si hubiese o no variado por la omisión del trámite de audiencia (...), el resultado (...)". Sentado lo anterior, la sentencia niega toda relevancia a los informes dictados en último lugar, señalando que "no introducen ningún hecho ni cuestión nueva en el litigio", siendo "una reiteración del anterior informe (...), conocido por las partes".

– En el supuesto de hecho, la Administración había introducido en el acuerdo de iniciación, junto a los hechos realmente imputados, otros que nada tenían que ver. Sin embargo, la **STS de 27 de marzo de 2007**, Sección Sexta, Ar. 2308, considera que esto no impidió a la entidad imputada "tener conocimiento de éstos y ejercitar los medios de defensa adecuados frente a ellos, e incluso la propia parte llegó a entender que la acusación se limitaba a los mismos, según se desprende de su escrito (...) de alegaciones en trámite de audiencia (...), lo que posteriormente se confirma en la propuesta de resolución, sin que en ningún momento se justifique que todo ello impidió a la parte ejercitar u orientar adecuadamente su defensa".

E) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria

Ante un recurso contra el archivo de una denuncia contra un juez acordada por el CGPJ, las **SSTS de 12 de febrero de 2007,** Sección Séptima, Ar. 1097 y 1100, reiteran la jurisprudencia conforme a la que "(...) el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el Consejo General del Poder Judicial desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación a la Administración de Justicia o la actuación de las Jueces y Magistrados". Sobre esta base y puesto que el recurrente lo que pedía era la incoación de un expediente sancionador, se admite su legitimación, aunque a reglón seguido se desestima el recurso al considerar que la decisión de archivo fue correcta. Por su parte, aplicando la misma doctrina, la **STS de 20 de febrero de 2007**, Sección Séptima, Ar. 2492, rechaza la legitimación puesto que el núcleo argumental de la demanda consiste en censurar al CGPJ por no haber sancionado al Juez sancionado y no se denuncia una deficiente actividad investigadora ni se reclama la práctica de nuevas indagaciones o comprobaciones adicionales.

F) Posibilidad de la ampliación del plazo para resolver y notificar sobre la base del artículo 49 LAP

La **STS de 20 de marzo de 2007**, Sección Tercera, Ar. 2324, declara que la posibilidad de ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 de la Ley 30/1992 puede ser también aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento sancionador y que la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución y notificación regulada en el artículo 42.6 no obsta a la aplicación de la previsión genérica del artículo 49.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La vulneración del derecho fundamental a la prueba exige que el recurrente en amparo acredite que la prueba, inadmitida o no practicada, fue propuesta en tiempo y forma, pertinente y decisiva en términos de defensa

Un preso es sancionado con veinte días de privación de paseos y actos recreativos comunes por una falta grave de desobediencia consistente en intentar efectuar reiteradamente una llamada telefónica que no le había sido autorizada. En el procedimiento disciplinario propuso que se practicase como prueba el visionado del vídeo de la planta segunda (que enfocaba su celda y el pasillo) y de la planta baja (que enfocaba el patio y la sala de televisión) del módulo segundo del centro penitenciario para verificar que, a la hora en que se imputa la comisión de la infracción, no se encontraba en el patio sino en su celda cumpliendo una sanción. Según razonaba en su proposición de prueba, la cinta mostraría que no se encontró "en toda la tarde cerca del teléfono; ni siquiera bajé". Después de ser sancionado recurrió reiterando su proposición de prueba, que no fue contestada. En amparo, alega la vulneración de su derecho fundamental a la prueba; en concreto, que el visionado del vídeo "era la única forma posible de acreditar la inocencia, puesto que no

había testigos de los hechos", "que se trataba de una prueba factible; y que no fue objeto de respuesta alguna".

Al respecto, la **STC 185/2007, de 10 de septiembre,** Sala Primera (recurso de amparo), reitera que "forma parte de una consolidada doctrina jurisprudencial la de la extensión (...) del derecho a la prueba al procedimiento administrativo sancionador y, más concretamente, al procedimiento disciplinario penitenciario". A partir de ahí, la sentencia recuerda la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba en el ámbito sancionador:

> "El derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, en los supuestos tanto de silencio o de falta de motivación de la denegación, como cuando aquélla sea arbitraria o irracional. Ahora bien, tal situación de indefensión como consecuencia de la inadmisión no motivada o arbitraria de medios de prueba pertinentes para la defensa debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, (...). Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas."

Aplicando esta doctrina a la denegación de prueba que se impugna, la sentencia resuelve que se ha vulnerado el derecho a la prueba pues: "a) La prueba (...) fue propuesta (...) en el tiempo y en la forma normativamente previstos; la petición fue asimismo reiterada regularmente en sede judicial. b) La petición de prueba (...) no recibió respuesta alguna. c) Concurre también, en tercer y último lugar, la generación de un efecto material de indefensión justificado por quien alega haberlo padecido". En consecuencia, se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones al momento en que el instructor del procedimiento disciplinario tuvo que decidir sobre las pruebas solicitadas para que adopte una decisión que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

B) Valor probatorio de las actas de inspección

En virtud de las actas de inspección expedidas por miembros del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil, se sancionó a un ganadero por un vertido de purines en el dominio público hidráulico. No obstante, durante la tramitación del procedimiento sancionador y en el posterior proceso judicial, el sancionado aportó informes periciales que contradecían frontal y directamente las apreciaciones realizadas por los agentes denunciantes. La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de marzo de 2007,** Ar. 291, citando profusamente la doctrina constitucional sobre el valor de las actas de inspección, recuerda que, a pesar de tener un valor que va más allá de la denuncia y gozar de valor probatorio, estas actas no tienen "una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia". En consecuencia, y "ante estas pruebas practicadas, no queda más remedio que considerar desvirtuada la presunción de certeza de las manifestaciones de los agentes", motivo por el que anula la sanción impuesta.

C) Necesidad de que las denuncias o partes informativos redactados por personal simplemente habilitado por la Administración sean ratificados para ser considerados prueba testifical

Una agencia de viajes concesionaria de un local en la Estación Marítima de Algeciras fue sancionada por captación ilegal de clientes. Alega que se le sancionó en virtud de la mera denuncia de dos celadores-guardamuelles sin condición de autoridad, tal como exige el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, por lo que la prueba de cargo utilizada no puede enervar su presunción de inocencia. Al respecto, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de mayo de 2006,** Ar. 328 de 2007, reconoce que "la alegación de que los celadores-guardamuelles no son funcionarios públicos, ni agentes de la autoridad puede ser correcta ante los términos de la Ley de Puertos". No obstante, "en todo caso estos celadores cuentan con habilitación para el cumplimiento de sus funciones al haber sido nombrados por el órgano competente para ello" y "si incumbe a la Administración la prueba de los hechos, la realizó mediante la denuncia y el parte informativo *ratificado* por los celadores. *Porque la ratificación es equivalente a prueba testifical, que constituye el plus exigido por la jurisprudencia para otorgar efectos probatorios enervantes de la presunción de inocencia a las manifestaciones contenidas en el acta, en este caso denuncia y parte informativo*".

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución

Ante los pactos ya comentados entre las sociedades de medios de pago y las entidades financieras [*vid.* crónica VII.4)], el Servicio de Defensa de la Competencia había propuesto que se declarara la existencia de una infracción del artículo 1.1.a) LDC, aunque no estimaba procedente la imposición de multa, debido a que los acuerdos iban destinados a luchar contra el fraude. Sin embargo, el TDC impone a la entidad financiera recurrente por esos hechos una sanción de 300.000 euros y ello sin convocar al instructor del expediente ni dar nuevo trámite de alegaciones a la entidad imputada. Ante la alegación de indefensión, la ya comentada **STS de 27 de febrero de 20007,** Sección Tercera, Ar. 883, rechaza este motivo con dos argumentos. El primero, que no rige en los procedimientos administrativos sancionadores "las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos". Y añade: "En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia (...) puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor". Y el segundo argumento es que no se ha producido indefensión material a la entidad financiera responsable. A pesar de estas afirmaciones, resulta un tanto sorprendente que, sin audiencia alguna, se admita el cambio de una propuesta de resolución donde no se estimaba procedente la imposición de una multa a una resolución que impone una multa de 300.000 euros. Parece que una posición más respetuosa con los derechos del imputado debería llevar a mantener que los aumentos sustanciales de la sanción propuesta debieran asimilarse a un cambio en la calificación jurídica y, en consecuencia, someterse a las mismas formalidades, en particular, una nueva audiencia.

B) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica. La expulsión de extranjeros

Así lo reiteran una vez más, entre otras muchas, las **SSTS de 28 de febrero de 2007**, Sección Quinta, Ar. 878 y 882, en el supuesto de la sanción de expulsión de un extranjero por estancia ilegal en España frente a la sanción preferente de multa. Además, estas sentencias admiten que esa motivación pueda encontrarse en el expediente administrativo. Sin embargo, en los supuestos enjuiciados, aunque consta en el expediente administrativo que el interesado tenía antecedentes policiales por hurto y robo con violencia, la Sala estima que esto no puede utilizarse como motivación, pues "no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo". En el mismo ámbito, la **STS de 9 de marzo de 2007**, Sección Quinta, Ar. 2293, rechaza que esta motivación pueda ser que la extranjera se dedicaba a la actividad de alterne, pues "ésa es una actividad lícita como medio de vida, por lo que no cabe extraer de la misma ninguna connotación desfavorable (...)". Por su parte, la **STS de 28 de febrero de 2007**, Sección Quinta, Ar. 2160, admite como motivación específica el hecho de que conste en el expediente administrativo que el sancionado "no acreditó la fecha de su entrada en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español". Y la **STS de 12 de abril de 2007,** Sección Quinta, Ar. 3208, la circunstancia de estar indocumentado y, por tanto, de no poder acreditar la identificación y la filiación.

C) Que la fecha en que se dicta la sanción no conste en la resolución es irrelevante si se notifica dentro de plazo para resolver y notificar

Una empresa distribuidora de electricidad del grupo *Endesa* alega que no constaba en la notificación de la sanción que se le impuso la fecha en que fue dictada, por lo que debía declararse la caducidad del expediente sancionador. Pero, para la **SAN de 3 de abril de 2007,** Sección Octava, Ar. 377, no es relevante "a estos efectos que la Orden sancionadora carezca formalmente de fecha, pues lo cierto es que el referido expediente sancionador se inicia el 17 de febrero de 2005 y, como la parte recurrente reconoce, la resolución que le pone fin se le notifica el 10 de agosto de 2005, por lo que en ningún caso esa resolución puede tener fecha posterior a la de 17 de agosto de 2005, que es cuando termina el plazo de seis meses para la finalización del expediente".

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Consecuencias de la concurrencia de circunstancias modificativas de la culpabilidad o antijuridicidad especialmente cualificadas

La Asociación de propietarios de chalés y parcelas Molina de la Hoz fue sancionada con una multa de 60.101,22 euros por difundir en una carta, dirigida a los 3.000 vecinos de la Urbanización, el nombre y la dirección de uno de ellos sin contar con su autorización. Estos hechos se consideraron constitutivos de la infracción grave en materia de

protección de datos prevista en el artículo 44.3.d) LO 15/1999. La Asociación sancionada consideraba que no era necesario el consentimiento del afectado al concurrir una relación administrativa o negocial entre ellos, al ser este último vecino de la urbanización, lo que, al amparo del artículo 6.2 LO 15/1999, daría cobertura al tratamiento y difusión de los datos. La **SAN de 31 de enero de 2007,** Sección Primera, Ar. 266, confirma la comisión de la infracción y niega la concurrencia de cualquiera de los supuestos del artículo 6.2 LO 15/1999. No obstante, la sentencia se hace cargo de la confusión existente respecto de la naturaleza jurídica de la Asociación sancionada, calificada de hasta tres formas distintas por diversas resoluciones administrativas y sentencias (Complejo Inmobiliario Privado del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, simple Comunidad de Propietarios de la misma Ley y mera asociación privada sujeta al régimen general de la Ley de Asociaciones, que resulta ser su verdadera naturaleza jurídica). La sentencia considera que hay que valorar estos problemas interpretativos "por su incidencia en el ámbito de la culpabilidad de la actora y que justifican, si no la exención, sí la apreciación de una cualificada disminución de la culpabilidad de la actora, a los efectos del artículo 45.5 LOPD" (este precepto prevé que el órgano sancionador pueda establecer la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquélla en que se integra la considerada en el caso de que se trate). Por ello, la sala concluye que "procede reducir la multa impuesta e imponer a la actora una sanción correspondiente a una infracción leve, considerándose ponderada y proporcionada a la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes la imposición de una multa de 6.010,12 euros".

11. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) El acto de iniciación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnable jurisdiccionalmente

Es esto lo que ocurre, en la misma línea de la que ya hemos dado noticia en crónicas anteriores, en las **SSTS de 9 y 16 de marzo de 2007**, Sección Quinta, Ar. 2295 y1639, en las que se declara que debió admitirse el recurso contra el acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador contra un extranjero, pues en éste se proponía al Juez de Instrucción su ingreso en un centro de internamiento, en tanto se sustanciara el expediente. La Sala concluye que esta determinación afecta a la situación personal del interesado y no es un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa.

B) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción

Como se dijo más arriba [crónica VII.2.A) y 6.D)], el Banco Árabe Español había sido sancionado por una infracción muy grave de la Ley 19/2003, consistente en "la realización de actos, negocios, transacciones u operaciones prohibidas (...)", por no haber bloqueado dos cuentas corrientes vinculadas al Gobierno de Irak y haber omitido, en consecuencia, la correspondiente comunicación a la Administración de dicho bloqueo. La **STS de 20 de marzo de 2007**, Sección Tercera, Ar. 2324, tras anular la sanción en lo

relativo al bloqueo, considera que la no declaración de la existencia de las propias cuentas sí tiene encaje en una infracción leve de las previstas en dicha Ley y fija la sanción en su cuantía mínima, esto es, 3.000 euros. Esta infracción no aparecía en la resolución administrativa sancionadora que, posiblemente, consideraba que todo el reproche ya iba incluido en la otra sanción o que se trataba de lo que se conocen como hechos posteriores al ilícito impunes.

Lucía Alarcón Sotomayor
Antonio Mª. Bueno Armijo
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial. A) Desaparición de una finca como consecuencia del derrumbe de un vertedero de basuras: el procedimiento adecuado para la indemnización de los daños el de responsabilidad patrimonial y no el de expropiación forzosa del artículo 120 de la LEF. **3. *Causa expropriandi*.** A) Nulidad de las actuaciones expropiatorias que derivan de la anulación del instrumento de planeamiento que les servía de cobertura por desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi*. B) Improcedencia de instar el beneficio de la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios de unos terrenos cuya posesión ya se tiene en virtud de un contrato de arrendamiento. **4. Garantías formales: vía de hecho expropiatoria.** A) Improcedencia del recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho para impedir la continuación de un procedimiento expropiatorio ya iniciado en el que no se han producido actuaciones materiales carentes de procedimiento o de cobertura formal. B) La Administración no puede esgrimir el procedimiento del artículo 69 del TRLS frente a la pretensión de parte de que se incoe un expediente expropiatorio como medio de reparar una vía de hecho. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios puede acumularse en vía jurisdiccional como una pretensión accesoria al cese de la ocupación ilegal. **5. Garantías sustanciales.** A) La afectación del vuelo de un terreno expropiado a un destino de utilidad pública diverso al que justificó la afectación del subsuelo no legitima la reversión de los terrenos cuando ese otro destino carece de aprovechamiento lucrativo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la doctrina más destacada de la producida por el Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante el segundo trimestre de 2007. En esta ocasión

son bastantes los pronunciamientos que merecen consignarse con carácter preliminar. Así, es especialmente destacable la sentencia que se comenta en relación a la naturaleza y alcance de la garantía patrimonial, que descarta la aplicación del artículo 120 de la LEF en un supuesto de sepultamiento de terrenos como consecuencia del derrumbe de un vertedero municipal. Igualmente reseñable es la sentencia que se comenta sobre la improcedencia de instar la expropiación de unos terrenos de acuerdo con la legislación del sector eléctrico cuando quien pretende el beneficio de la expropiación ya tiene la posesión de dichos terrenos en virtud de un contrato de arrendamiento. También son interesantes los dos pronunciamientos relativos a la vía de hecho expropiatoria, especialmente el segundo de ellos, que se pronuncia sobre la improcedencia de aplicar en estos casos el procedimiento del artículo 69 del TRLS y sobre la articulación procesal, en vía jurisdiccional, de la pretensión de que se indemnicen los daños y perjuicios derivados de la ocupación ilegal.

Pero, sin duda, la sentencia más relevante de las que se analizan en esta crónica es la que declara la improcedencia de ejercer el derecho de reversión sobre los terrenos destinados al Canal de Isabel II soterrados a su paso por la madrileña Plaza de Castilla, en la que el Tribunal Supremo afirma que la afectación del vuelo de un terreno expropiado a un destino diverso al que justificó la afectación del subsuelo, pero igualmente dotacional público, no legitima la reversión de los terrenos por carecer ese otro destino de aprovechamiento patrimonializable o lucrativo, lo que, *a contrario sensu*, abre la puerta a la posibilidad de reversionar los aprovechamientos superficiarios o en altura cuando se den los presupuestos legales para ello.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Desaparición de una finca como consecuencia del derrumbe de un vertedero de basuras: el procedimiento adecuado para la indemnización de los daños el de responsabilidad patrimonial y no el de expropiación forzosa del artículo 120 de la LEF

La **STS de 13 de junio de 2007**, Ar. 5234, resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia de 2 de enero de 2003 del TJS de Galicia, Ar. 192343, que resolvió el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el titular de unos terrenos sepultados a raíz del derrumbe de un vertedero municipal en La Coruña, así como frente a la resolución del Alcalde de dicho Ayuntamiento que aprobó la relación definitiva de bienes y derechos afectadas por el desprendimiento del vertedero.

El relato de antecedentes de la sentencia de instancia constata que el día 10 de septiembre de 1996 se produjo el derrumbamiento de las basuras acumuladas en el aludido vertedero municipal, invadiendo una gran porción de terreno. A raíz de ello, el propietario afectado formuló la correspondiente reclamación patrimonial ante el Ayuntamiento el 10 de octubre de 1996. Dicha reclamación fue inicialmente tramitada como una propuesta

de adquisición de los terrenos sepultados que admitía esa responsabilidad patrimonial. No obstante, a resultas de un Informe de la Intervención municipal contrario al procedimiento seguido hasta ese momento, el 13 de octubre de 1997 el Ayuntamiento acordó incoar expediente de expropiación forzosa al amparo del artículo 120 de la LEF y aprobar la relación inicial de los bienes y derechos afectados por el siniestro, lo que se hizo de forma definitiva el 10 de diciembre de 1997.

A la vista de estos antecedentes, la sentencia de instancia estima parcialmente el recurso deducido por el propietario afectado. Para el Tribunal *a quo*, no cabe duda de que el derrumbamiento fue consecuencia de un funcionamiento anormal del vertedero municipal consistente en haber permitido que éste careciera de la necesaria estabilidad. No obstante, a juicio del Tribunal de instancia, si una vez comprobada la imposibilidad de volver las cosas a su estado anterior el Ayuntamiento se ve obligado a adquirir los terrenos y bienes sepultados por expropiación, los propietarios no pueden oponerse a esa vía expropiatoria. Así, para la sentencia de instancia, hubo inicialmente un siniestro generador de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero se produjo después un hecho expropiatorio que debe ser respetado; consecuentemente, esa responsabilidad tiene tan sólo una vigencia temporal que abarca desde la producción del evento hasta que se opta por la expropiación, a partir de cuyo momento serán las partes por consenso si lo hubiere, o en otro caso el Jurado, quienes fijen el importe indemnizatorio que resulta de la expropiación. En cuanto al ámbito temporal, el Tribunal *a quo* estima que aunque en situaciones ordinarias el período contemplado debería finalizar al incoarse el expediente expropiatorio, en un caso como el presente en el que la extensión del derramamiento y la multiplicidad de intereses afectados hizo necesaria una investigación previa para su debida identificación, sólo con la aprobación de la relación definitiva de fincas ocupadas hubo certeza de que las propiedades del actor quedaban englobadas en el expediente de expropiación, lo que se produjo el 10 de diciembre de 1997.

En definitiva, la sentencia estima en parte el recurso jurisdiccional, anulando las resoluciones recurridas y declarando la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los perjuicios causados por la pérdida temporal de la posesión y disfrute de los bienes sepultados entre el momento en que se produjo el derrumbe del vertedero y la aprobación definitiva de la relación de bienes y derechos a expropiar por él, desestimando el recurso en todo lo demás por inadecuación del procedimiento.

El recurso de casación formulado contra esta sentencia, articulado en nueve motivos, plantea, básicamente, la incongruencia en la que incurre la sentencia de instancia al limitar los efectos de la responsabilidad patrimonial al período de tiempo de desposesión anterior a la iniciación del expediente expropiatorio. El Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación pretendida aduciendo lo siguiente:

> "Parte la sentencia recurrida de la aceptación de una responsabilidad por parte de la Administración por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de haber sido sepultadas sus fincas por los residuos acumulados en el vertedero (…). Partiendo de esta premisa es evidente que la manera de dar satisfacción a los intereses particulares afectados no era la resultante de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley de

Expropiación Forzosa, precepto este cuya inaplicación fue argumentada por la recurrente y sobre el cual nada se enjuició por el Tribunal de instancia, siendo así que la cuestión fundamental que el proceso planteaba era la resultante de la aplicación o no de dicha norma.

El artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, inmediatamente antes del 121 que establece el principio general de indemnización por daños y perjuicios para resarcir cualquier lesión sufrida por los particulares, prevé la posibilidad de que por razones de orden o de seguridad públicas, epidemias, inundaciones u otras calamidades hubiesen de adoptarse por las autoridades civiles medidas que impliquen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares, mas sin las formalidades que para los distintos tipos de expropiación exige esta Ley, en cuyo caso, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas.

De la dicción literal del precepto citado resulta que el mismo no era aplicable al presente caso, pues ni en él se trataba de una ocupación temporal de inmuebles ni tampoco de obtener un justiprecio de muebles, dado que el supuesto contemplado en dicha norma es distinto del producido en el presente caso, donde los bienes de los afectados quedaron sepultados por el derrumbe del vertedero municipal con responsabilidad reconocida por parte de la Administración.

Es decir, no se trataba de iniciar un expediente expropiatorio, acogido a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que, por el contrario, había de aplicarse el régimen general de resarcimiento a consecuencia de la responsabilidad de la Administración previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992."

Rectificando la incongruencia del Tribunal de instancia que no enjuició la cuestión relativa a la aplicación del artículo 120 de la LEF, el Tribunal Supremo resuelve el fondo del litigio declarando la inaplicabilidad de dicho precepto y reconociendo la responsabilidad administrativa de la Corporación local por la privación de bienes derivada del derrumbamiento del vertedero municipal.

3. *CAUSA EXPROPRIANDI*

A) Nulidad de las actuaciones expropiatorias que derivan de la anulación del instrumento de planeamiento que les servía de cobertura por desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi*

Es cuantiosa la jurisprudencia, comentada por nosotros en otras ocasiones, que declara que la anulación del planeamiento urbanístico en el que trae causa la expropiación deja sin efecto ni valor jurídico las declaraciones de utilidad pública y necesidad de ocupación implícitamente contenidas en aquellos Planes, produciéndose en estos casos una desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi* que acarrea la nulidad del procedimiento expro-

piatorio, incluida la determinación del justiprecio (véanse, por ejemplo, las SSTS de 29 de diciembre de 1986, Ar. 7629, de 19 de mayo de 1992, Ar. 3642, de 11 de noviembre de 1993, Ar. 8202, de 21 de abril de 1997, Ar. 3234, o de 19 de diciembre de 2003, Ar. 3605). Asimismo, esta doctrina jurisprudencial señala que los efectos propios del vicio sustancial derivado de la desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi* no pueden ser reconducidos a los de la simple anulabilidad ni, por ende, aplicados los efectos de subsanación o conversión del vicio, de modo que la inexistencia de utilidad pública o interés social despliega ineludiblemente los efectos propios de la nulidad radical, habida cuenta la falta de la causa legitimadora, que según señala la propia Constitución es un presupuesto necesario para llevar a efecto la expropiación.

Abundando en esta línea jurisprudencial, la **STS de 29 de junio de 2007**, Ar. 3945, vuelve a sostener la imposibilidad de aplicar en estos casos la doctrina y efectos de la anulabilidad. La citada sentencia resuelve el recurso de casación deducido contra una sentencia dictada por el TSJ de Valencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de Valencia que se fundaba en una serie de alegaciones acerca de la nulidad del Plan Parcial que motivó la expropiación. La Sala de instancia no declaró la nulidad del acuerdo impugnado por entender que aunque el citado instrumento urbanístico había sido anulado por Sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 12 de marzo de 1998, dicho pronunciamiento carecía del efecto "nihilizador" propio de la nulidad radical por no ser firme y estar pendiente de resolverse el recurso de casación deducido contra él.

El Tribunal Supremo estima, sin embargo, el recurso de casación formulado contra esta sentencia recordando la doctrina sentada por la **STS de 27 de junio de 2006**, Ar. 5969, que resuelve un supuesto idéntico al aquí analizado. En esta sentencia, el Tribunal Supremo constató la firmeza de la antes citada STSJ de Valencia de 12 de marzo de 1998 derivada de la anulación, por sendas Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio y 31 de octubre de 2000, de los instrumentos de planeamiento que daban cobertura a la expropiación cuestionada; afirmando en consecuencia que

> "habiendo quedado firme la Sentencia de 12 de marzo de 1998 dictada por la Sala de instancia, por la que se anulaban los instrumentos urbanísticos en los que se fundaba la expropiación, desaparece la declaración de utilidad pública e interés social, es decir, la *causa expropriandi* que habilitaba a la Administración para ejercicio de dicha potestad, causa sobrevenida que determina la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación fijando el Justiprecio (…), que no es susceptible de subsanación por su carácter de nulidad radical, en contra de lo que se sostiene en la sentencia de instancia y mantiene la contraparte, que por lo tanto no se ajusta a dicha jurisprudencia invocada por el recurrente, lo que lleva a estimar este motivo de casación, teniendo en cuenta que el hecho de que la firmeza de tales sentencias se haya producido después de dictada la sentencia aquí recurrida no supone una alteración sustancial del planteamiento de la instancia, en la que ya se invocaba la nulidad del planeamiento como fundamento de sus pretensiones, ni impide su apreciación en este recurso de casación, que en otro caso conduciría a un replanteamiento del proceso en la instancia por el recurrente, incompatible con una efectiva prestación de la tutela judicial".

B) Improcedencia de instar el beneficio de la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios de unos terrenos cuya posesión ya se tiene en virtud de un contrato de arrendamiento

La **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 3898, resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia del TSJ de Canarias de 2 de mayo de 2003 que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por una sociedad de explotación eólica en el que se solicitaba la incoación de un expediente expropiatorio, denegado por la Administración autonómica, mediante la aprobación de la necesidad de ocupación de los terrenos sobre los que se asentaba la instalación de generación de energía eólica que el solicitante venía explotando a través de un título de arrendamiento sobre los citados terrenos.

Según se infiere del relato fáctico de la sentencia de instancia, los terrenos en cuestión pertenecían a la empresa pública canaria de innovación tecnológica, que los tenía arrendados a una sociedad mercantil privada dedicada a la explotación de plantas eólicas. Consta en los autos que la empresa pública titular de los terrenos promovió un juicio civil de desahucio por impago en el que obtuvo sentencia favorable que declaraba resuelto el contrato de arrendamiento con apercibimiento a la empresa arrendataria de dejar expeditos los terrenos. Posteriormente, dicha sentencia fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Las Palmas, que declaró no haber lugar al desahucio entablado. Interesa consignar que la solicitud de expropiación de los terrenos sobre los que se asentaba la explotación eólica en favor de la empresa arrendataria fue instada por ésta ante la Administración autonómica tan sólo siete días más tarde a que fuera dictada la sentencia declarativa del desahucio en primera instancia, antes, por tanto, de la revocación de ésta por la Audiencia Provincial; mientras que la denegación autonómica de la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los terrenos a efectos expropiatorios tuvo lugar con posteridad a dicho pronunciamiento revocatorio.

Sentados así los antecedentes del caso merece la pena transcribir los argumentos esgrimidos por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias para estimar la pretensión expropiatoria de la empresa eólica arrendataria de los terrenos. A juicio de este Tribunal

> "La sola lectura de las resoluciones y la motivación expuesta debiera conllevar sin más la estimación del recurso contencioso-administrativo. Puesto que, cuando se solicita una declaración de utilidad pública, lo que hay que analizar precisamente es si tiene una utilidad pública la instalación y la producción de energía; y en su caso, la idoneidad de la instalación o el trazado, en relación con los bienes que precisan ser ocupados. La resolución se centra en que los bienes se encuentran ocupados en virtud de un contrato de arrendamiento, por la empresa explotadora, por lo que es innecesaria la expropiación.
>
> Ahora bien, la causa de la expropiación, es la utilidad pública o el interés social. En este caso, al tratarse de un parque eólico, con energía alternativa la declaración de utilidad pública está ínsita en la propia explotación. No es que se trate como afirman las partes

de una cuestión discrecional. Es la propia legislación la que declara que las instalaciones eléctricas de generación, transmisión, transporte y distribución de energía serán declaradas de utilidad pública.

El artículo 52 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, dispone que 'Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso'.

En el mismo sentido el artículo 8 dispone que 'Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transmisión, transporte y distribución de energía eléctrica en Canarias, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento, al igual que la imposición de las servidumbres de paso de líneas eléctricas. La declaración de utilidad pública, que se tramitará a petición de parte en el caso de autorizaciones y de oficio cuando se trate de licitaciones, llevará implícita la necesidad de ocupación de los bienes o el establecimiento de servidumbre o paso sobre los terrenos precisos, cualquiera que fuere su titularidad o calificación jurídica'."

Frente a esta sentencia formulan sendos recursos de casación el Gobierno de Canarias y la empresa pública titular de los terrenos. En ambos se cuestiona la procedencia de la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios toda vez que la empresa solicitante ya cuenta con los terrenos, siendo así que la legislación del sector eléctrico concede el beneficio de la expropiación únicamente cuando fuere necesario para el "establecimiento" de la instalación y no cuando el solicitante pretende solventar con la declaración de utilidad pública y subsiguiente expropiación los problemas que pueda tener con la propietaria de los terrenos.

El Tribunal Supremo acoge este argumento y declara haber lugar al recurso planteado, casando la sentencia de instancia. Tras repasar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la *causa expropriandi* (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 48/2005, de 3 de marzo), así como la del propio Tribunal Supremo en torno al artículo 10 de la LEF, la Sala analiza la legislación estatal y autonómica sobre el sector eléctrico aplicable al caso, concluyendo que dicha normativa articula un régimen de declaración de utilidad pública de las instalaciones eléctricas consistente en una declaración legal genérica que ha de ser luego concretada en cada caso mediante resolución del órgano competente dictada a solicitud de parte. Este mecanismo de afectación lleva aparejada la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, de ahí que con la solicitud de parte hayan de acompañarse los documentos referidos a la justificación y características de la instalación, localización, instituciones y organismos afectados y relación concreta e individualizada de los bienes y derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación; debiéndose tramitar en la forma establecida, con información pública, intervención de entidades y organismos afectados y valorando en la resolución los motivos de oposición y objeciones que se planteen en dichos trámites.

Dicho lo cual, la cuestión se centra en valorar si en este caso concurría o no la necesidad de la expropiación,

"que no resulta de la mera existencia de las instalaciones eléctricas en cuestión y la concurrencia de las condiciones que las mismas deben reunir y que son objeto de control por la Administración a través de la correspondiente autorización, sino que viene determinada por la falta de disponibilidad de los terrenos precisos para tal instalación por parte de la titular de la explotación, que justifica la expropiación como medio de dotar a la entidad beneficiaria de tal disponibilidad y a los exclusivos efectos de la instalación que el legislador califica de utilidad pública, de manera que la expropiación deja de tener justificación cuando el titular de la explotación goza de la disponibilidad de los terrenos en cuestión por un título hábil para el establecimiento y funcionamiento de la instalación eléctrica.

Conviene señalar al efecto que la propia Ley de Expropiación Forzosa, a propósito de la necesidad de ocupación, señala en su artículo 15 que se concretará a los bienes o adquisición de derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación, habiendo señalado la jurisprudencia, en relación con el control judicial, que el mismo se extiende 'no sólo a la finalidad de la *causa expropriandi* sino también a la concreción específica de los bienes expropiados que han de ser los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación que ha de lograrse con el mínimo sacrificio posible de la propiedad privada'(S. 30 de diciembre de 1991). En el mismo sentido y a propósito del juicio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad expropiatoria, incluye el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 48/2005, de 3 de marzo, la valoración de la necesidad, 'en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia'.

Pues bien, desde estas consideraciones, se advierte que en este caso la entidad titular de las instalaciones eléctricas, Plantas Eólicas de Canarias, SA, que solicitó la declaración de utilidad pública en julio de 1998, no sólo disponía de los terrenos para tales instalaciones sino que las mismas venían funcionando con normalidad desde el año 1992, en virtud de un título hábil para ello como era el arrendamiento de tales terrenos, y si bien es cierto que tal arrendamiento se puso en cuestión por la empresa pública propietaria de los terrenos, hasta el punto de obtener una sentencia de desahucio (…) por falta de pago de la renta, no lo es menos que tal sentencia fue revocada en apelación (…), de manera que al momento de dictarse las resoluciones impugnadas en la instancia subsistía el referido arrendamiento, título hábil para que la empresa solicitante disponga de los terrenos precisos para la instalación y funcionamiento de la explotación eléctrica, que de hecho viene funcionando con normalidad, lo que hace innecesario y por lo tanto injustificado el ejercicio de la potestad expropiatoria a tal fin, sin perjuicio de lo que pueda plantearse para el caso de que tal título habilitante se extinga y pueda invocarse la necesidad de obtener la disponibilidad de los terrenos mediante el ejercicio de tal potestad expropiatoria".

De conformidad con estas apreciaciones, el Tribunal Supremo estima los motivos de casación formulados que aciertan en cuestionar la interpretación y aplicación del artículo 52 de la Ley reguladora del Sector Eléctrico efectuada por la Sala de instancia; pues, según

se ha visto, tal precepto no ampara en el caso concreto la declaración de utilidad pública solicitada por disponer ya la empresa solicitante, en virtud de un contrato de arrendamiento, de los terrenos precisos para la instalación y funcionamiento de la explotación eléctrica en cuestión, lo que hace improcedente, por innecesario, el ejercicio de la potestad expropiatoria pretendido por aquélla.

4. GARANTÍAS FORMALES: VÍA DE HECHO EXPROPIATORIA

A) Improcedencia del recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho para impedir la continuación de un procedimiento expropiatorio ya iniciado en el que no se han producido actuaciones materiales carentes de procedimiento o de cobertura formal

La **STS de 27 de junio de 2007**, Ar. 3937, resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia de 12 de marzo de 2004 del TSJ de Valencia, Ar. 4427 de 2005, por la que se resuelve un recurso interpuesto por el procedimiento especial del artículo 30 de la LJCA.

En la interposición del recurso de instancia los recurrentes solicitaban la declaración de invalidez de las actuaciones expropiatorias posteriores a la formulación de la demanda así como la improcedencia de la acción material de ocupación de los bienes y derechos de los demandantes que aún no había tenido lugar. El Tribunal de instancia, tras acoger y tramitar el recurso por la vía de los artículos 30 y concordantes de la LJCA, entendió que no concurrían en el caso las circunstancias que permiten tener por producida una vía de hecho, puesto que

> "ninguna actuación material ha llegado a realizarse sobre los bienes de los recurrentes, pues no equivale a ello ni el levantamiento de las actas previas a la ocupación ni las citaciones para pago del depósito previo, que, siendo actuaciones inmersas en el procedimiento expropiatorio, no carecen de justificación a los efectos de poder ser consideradas como propias de una vía de hecho".

Por ello, precisando que no consta la realización de actuación material alguna por la Administración declara la improcedencia del recurso, añadiendo que en realidad los recurrentes han reaccionado

> "ante una actuación fáctica y material sin que conste la efectiva ocupación de los bienes al tiempo de interponerse el recurso y sin que se pretenda ni la correspondiente indemnización ni el cese de la actuación impugnada [artículos 30 y 70.1.a) de la Ley Jurisdiccional], sino la invalidez o improcedencia de la actuación fáctica de ocupación material llevada a efecto en el expediente expropiatorio (…) sin que la misma conste producida al tiempo de interposición del recurso".

A la vista de este irregular empleo de la vía procesal del artículo 30 de la LJCA, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento de instancia, declarando la corrección del mismo a Derecho. Y ello

"porque la vía ejercitada por el recurrente es la del artículo 30 de la Ley Jurisdiccional que, como recoge la exposición de motivos de la Ley vigente de 1998 y hemos declarado en Sentencia de 17 de febrero de 2007, prevé un procedimiento al objeto de que se puedan combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase, convirtiéndose, por tanto, el procedimiento de la vía de hecho en un medio de obtener la cesación de una actuación administrativa material, ajena a un auténtico acto administrativo y sin la fuerza legitimadora de dicho acto, a cuyo efecto dispone el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional que, en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante intimando su cesación. Si dicha reclamación no hubiera sido formulada o no fuera atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente al recurso contencioso-administrativo. Es decir, la finalidad de la vía de hecho articulada en la nueva Ley de la Jurisdicción responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegitima actividad material por parte de la Administración.

Ello supone que, no interpuesto el presente recurso contra ninguna actividad material producida por la Administración, sino intentando impedir tan sólo la continuación de un procedimiento expropiatorio, no puede actuarse la tutela judicial en base a un procedimiento improcedente ante la falta de ninguna actividad de hecho de la Administración que justifique el presente recurso (…).

[L]a finalidad de la vía de hecho articulada en la nueva Ley responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo en la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración; mas no puede articularse el procedimiento de la vía de hecho cuando lo que se pretende es un pronunciamiento, precisamente, como se solicitó en el escrito de demanda, sobre la invalidez de las actuaciones en el procedimiento expropiatorio ni sobre una actuación fáctica consistente en una ocupación de bienes y derechos que, como la Sala recoge en su argumentación, no se había producido".

B) La Administración no puede esgrimir el procedimiento del artículo 69 del TRLS frente a la pretensión de parte de que se incoe un expediente expropiatorio como medio de reparar una vía de hecho. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios puede acumularse en vía jurisdiccional como una pretensión accesoria al cese de la ocupación ilegal

La **STS de 19 de abril de 2007**, Ar. 3294, analiza en casación el recurso formulado contra una vía de hecho expropiatoria consistente en la ocupación municipal de una parcela de

propiedad privada que quedó incorporada a una plaza pública y como tal fue contemplada posteriormente por el planeamiento urbanístico.

Los antecedentes del caso se remontan a 1980, año en que la propietaria de los terrenos obtuvo una sentencia del Juzgado de primera instancia que reconocía el despojo sufrido y condenaba al Ayuntamiento a restituir a la propietaria en la posesión de la parcela. En ejecución de dicha sentencia el Alcalde suscribió un Acta en marzo de 1985 en la que formalmente se confería a la propietaria la posesión de la finca. Dicha resolución no fue nunca ejecutada y la parcela continuó destinada a plaza pública. Dada la persistencia de la ilegal ocupación, a finales de 1985 el Ayuntamiento acordó iniciar expediente de expropiación forzosa, aprobando la relación de bienes a expropiar y requiriendo a la propietaria a que apreciara los bienes para intentar la avenencia, lo que ésta hizo en febrero de 1986 sin que el Ayuntamiento evacuara su aprecio ni respuesta alguna. Ocho años más tarde, a principios de 1994, la propietaria presentó un escrito denunciando el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la obligación de resolver, la expiración de los plazos a tal efecto y solicitando la caducidad del procedimiento expropiatorio en virtud de lo dispuesto en los artículos 44.2 y 92 de la Ley 30/1992.

Cuatro años más tarde, la propietaria solicita que se vuelva a incoar un expediente expropiatorio y se le indemnice además por la ocupación ilegal, lo que se le deniega por Acuerdo del Pleno municipal de 11 de enero de 1999 en el que se indica, además, que para el caso de que pretenda mantener su interés expropiatorio deberá someterse a las formalidades establecidas por el artículo 69 del TRLS de 1976 (que regula, como es sabido, la iniciación del procedimiento expropiatorio a instancias de parte para la obtención "asistemática" de terrenos dotacionales en supuestos de inactividad de la Administración). Este acuerdo fue objeto de recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de las Islas Baleares, que el 26 de julio de 2002 dictó sentencia parcialmente estimatoria de las pretensiones de la recurrente (Ar. 247422). Frente a este pronunciamiento el Ayuntamiento interpuso el recurso de casación que aquí se comenta.

En el escrito de demanda del proceso de instancia, la propietaria solicitó la anulación del Acuerdo plenario antes referido así como la restitución de la parcela. Subsidiariamente, para el caso de entenderse improcedente la *restitutio in natura*, se solicitaba compeler judicialmente al Ayuntamiento a incoar inmediatamente expediente de expropiación forzosa y a abonar el justiprecio correspondiente como indemnización compensatoria del valor de la parcela ocupada, más los intereses legales de la cantidad que finalmente proceda desde la fecha de la ocupación. En cualquier caso y con independencia de lo anterior, la recurrente solicitaba indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la privación ilícita de la posesión de su parcela en cantidad equivalente al 25% del valor de sustitución material del terreno que se fije en el expediente de expropiación, más los intereses legales del importe de esta indemnización desde la fecha de la ocupación de la parcela.

La Sala de instancia estima parcialmente el recurso, declarando la ilegalidad de la ocupación municipal que resulta de una vía de hecho expropiatoria aunque considera improcedente la restitución física de la cosa, dada la clasificación urbanística de espacio público que ostenta la parcela. También satisface el Tribunal *a quo* la pretensión de la actora, negada

por la Administración demandada, de obligar al Ayuntamiento a incoar inmediatamente expediente de expropiación forzosa hasta llegar a satisfacer el justiprecio correspondiente. En este punto, la Sala de instancia señala la improcedente remisión que el Ayuntamiento hace al procedimiento del artículo 69 del TRLS,

> "y ello por la propia conducta seguida por la Administración demandada, en cuanto, nada más entregar la posesión formal de la parcela, procedió a incoar de oficio el correspondiente expediente expropiatorio en base al uso público de la misma. Consecuencia de ello es que ahora, caducado aquél, no puede justificar su negativa a dicha incoación solicitada, por aplicación del artículo 69 del TRLS, pues con independencia de que en principio no sería aplicable ya que se está en presencia de una vía de hecho, puesto que la propia Administración ha ocupado los bienes y ejecutado el plan sin procedimiento legitimador alguno, es lo cierto que, dado el tiempo transcurrido, el mantener los plazos señalados por dicho precepto, sería tanto como mantener la situación ilegal existente, y ello con independencia de afirmar que lo regulado por aquel precepto hace referencia a los supuestos en que el propietario se encuentre en posesión de los terrenos, lo que como se ha visto, no se produce. Procede por tanto acceder a tal pretensión fijando el plazo de tres meses, desde la firmeza de esta sentencia, para la incoación del correspondiente expediente expropiatorio y su continuación hasta llegar al resultado final".

Finalmente, la pretensión de indemnización por daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la ocupación por vía de hecho, que la recurrente estimaba en el 25% del valor de sustitución a efectos expropiatorios es igualmente atendida por el Tribunal *a quo*, que hace al efecto la siguiente consideración:

> "Ante todo, debemos distinguir tal pretensión de la anterior de expropiación: con el justiprecio se sustituye la pérdida de la parcela, en tanto que con aquélla se trata de paliar los perjuicios sufridos por la pérdida material de la posesión de la parcela. La responsabilidad administrativa patrimonial de la Administración puede derivar tanto de hechos, de actuaciones materiales o de omisiones, como de actos administrativos o de disposiciones generales. De esta forma, la petición de indemnización puede constituir una pretensión básica y autónoma como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos; pero también puede ser una pretensión accesoria y subordinada a la de la anulación del acto, teniendo en cuenta que, en ocasiones, la indemnización de los daños y perjuicios puede suponer la única medida posible para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico.
>
> En el presente caso, resulta lógico pensar que estamos en presencia de este segundo supuesto enunciado, pues ante la ocupación de la vía de hecho de la parcela y el no uso y posesión material de la misma, por la conducta seguida por la Administración demandada, y el retraso en la incoación, o por mejor decir, no terminación del procedimiento de oficio seguido, debe considerarse que la petición de indemnización se formula al amparo de aquella negativa a la restitución producida y su anulación."

En el recurso de casación formulado por el Ayuntamiento frente a esta sentencia se articulan una serie de motivos casacionales referidos, básicamente, a la improcedencia de reclamar procesalmente la indemnización por daños y perjuicios por ser ésta una "cuestión nueva" no planteada en vía administrativa, que debería haberse sustanciado autónomamente como una reclamación de responsabilidad patrimonial; y a la infracción del artículo 69 del TRLS que el Ayuntamiento estima aplicable al caso.

Estos motivos son rechazados por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de instancia declarando no haber lugar a la casación pretendida. Con carácter general y pese a que no nos detengamos aquí en su comentario, debemos consignar que la doctrina que la sentencia desarrolla en su fundamento jurídico 4º sobre la el concepto y extensión de la vía de hecho administrativa es excelente. Por lo demás, y pese a su extensión, merece ser transcrita la argumentación que lleva al Tribunal Supremo a rechazar la posición municipal sobre la consideración de la indemnización solicitada como una "cuestión nueva" que debió ser inadmitida en instancia, donde se compila la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular. A tenor de la sentencia, aunque

> "esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, con carácter general, sobre la imposibilidad de introducir en la demanda pretensiones nuevas y distintas a las formuladas en vía administrativa (…), de lo que aquí se trata es de la concreta posibilidad de solicitar en el proceso la indemnización de los daños y perjuicios aparejados a una actuación material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho. Y en tal concreto supuesto el principio general a que alude el motivo no puede ser acogido por dos razones.
>
> En primer lugar, porque si fuera preciso formular la reclamación previa ante la Administración para solicitar procesalmente la indemnización de los daños y perjuicios, se verían sustancialmente mermadas las posibilidades de la impugnación jurisdiccional directa de las vías de hecho ya que sólo sería posible solicitar el cese de las vías de hecho con lo que no se lograría el pleno restablecimiento de la situación jurídica anterior a la producción de tales vías, y así dicha impugnación jurisdiccional directa sería imperfecta y consustancialmente insatisfactoria para cumplir con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.
>
> En segundo lugar, porque la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios constituye una pretensión singularizada en la LJCA por un régimen especial, conforme al cual puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho. Y ello no sólo en la demanda, como medida adecuada para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, conforme a los artículos 41, 42 y 44 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (artículos 31.2 y 34 LJCA de 1998), sino incluso incorporando la petición en el momento de la vista o de las conclusiones, según el artículo 79.3 LJCA de 1956 (artículo 65.3 LJCA de 1998). Posibilidad esta que responde a la concepción que tiene la Ley de la petición de indemnización de daños y perjuicios como una petición adicional de la pretensión de anulación del acto o de cese de la actuación constitutiva de vía de hecho, siempre claro está que los daños consten probados en autos.

En definitiva, la indemnización de daños y perjuicios puede constituir la pretensión principal deducida en un proceso, para lo cual es necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa, pero puede constituir también una de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende. Y en este caso tiene todo su sentido la norma que habilita el planteamiento del pronunciamiento judicial sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, como cuestión nueva, incluso en el trámite de conclusiones. O, dicho en otros términos, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el Tribunal Contencioso, en aquellos casos en que ésta es el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la actuación material administrativa, constitutiva de vía de hecho, perturbó. En este sentido se viene pronunciando de antiguo esta Sala, como lo acreditan ya remotas Sentencias de 14 de noviembre de 1989 o 18 de diciembre de 1990; doctrina especialmente acogida en supuestos en que se aprecia la imposibilidad práctica de restablecer la realidad fáctica anterior, en los que la determinación de la cantidad sustitutoria de la ejecución *in natura* debe ser integrada por la compensación económica correspondiente tanto a los terrenos ocupados, con arreglo a los elementos de juicios obrantes en las actuaciones como a los perjuicios que se han causado por la actuación de la Administración constitutiva de vía de hecho.

Pues, desde luego, que frente a una vía de hecho se opte por formular una pretensión solicitando la aplicación de la normativa expropiatoria resulta posible; pero es sólo una posibilidad ya que, desde luego, en el proceso contencioso cabe la reivindicación mediante una solicitud de recuperación o de restitución *in natura* de los de los bienes o derechos objeto de la indebida ocupación o desposesión en que se materializa dicha vía de hecho y una indemnización sustitutoria que tenga en cuenta el precio justo de dichos bienes o derechos buscando, además, la plena indemnidad frente a los daños y perjuicios derivados de la ilegal ocupación.

La Jurisprudencia de esta Sala no asimila la ocupación por la vía de hecho a un expediente expropiatorio formalmente tramitado, como tampoco identifica las acciones de responsabilidad patrimonial con las que derivan de supuestos contemplados en la expropiación forzosa, aunque tengan una similitud básica derivada de su finalidad resarcitoria. Y, desde luego, en los supuestos de nulidad absoluta del expediente de expropiación por omisión de las garantías esenciales o, más aun, de mera inexistencia de tal expediente, esta Sala admite, especialmente cuando resulta imposible la restitución *in natura* de los bienes expropiados, la directa fijación de una indemnización en la propia sentencia, acudiendo, incluso, para cuantificarla a criterios que rebasan los establecidos en la LEF para la fijación del justiprecio, con lo que reconociendo implícitamente la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, se trata de evitar, por razones de economía procesal, la tramitación de un incidente de imposibilidad de ejecución o, todavía más, una retroacción para la sustanciación de un procedimiento administrativo que la propia Administración ha omitido".

Por lo que respecta a la vulneración del artículo 69 del TRLS que alega el Ayuntamiento, el Tribunal Supremo, abundando en los razonamientos del Tribunal de instancia, concluye que

> "Tal pretensión no puede prosperar y ello por cuanto no concurren los presupuestos establecidos en tal precepto para su aplicación. (…). La finalidad del citado precepto es arbitrar una garantía para aquellos propietarios allí mencionados afectados por el planeamiento urbanístico, que se verían obligados a tener que soportar las cargas de una propiedad a la que se ha privado de contenido, sin obtener a cambio una compensación patrimonial. En el caso de autos, el Ayuntamiento, ha ocupado el terreno por vía de hecho y lo tiene destinado desde hace treinta años a plaza pública. Es por esta razón que dicho Ayuntamiento, según lo que hemos relatado, acordó el 26 de septiembre de 1995 el inicio de expediente expropiatorio de la finca litigiosa, expediente que posteriormente resultó caducado, pero que se incoó por el propio Ayuntamiento a la luz de lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que no cabe además ahora que el recurrente yendo contra sus propios actos manifieste que dicho expediente por él incoado no era procedente."

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) La afectación del vuelo de un terreno expropiado a un destino de utilidad pública diverso al que justificó la afectación del subsuelo no legitima la reversión de los terrenos cuando ese otro destino carece de aprovechamiento lucrativo

La **STS de 16 de abril de 2007**, Ar. 3670, se enfrenta a la pretensión reversional de determinadas parcelas ubicadas en la madrileña Plaza de Castilla que fueron expropiadas entre 1929 y 1932 para la construcción del Canal de Isabel II. En defensa de su pretensión casacional, los recurrentes se basan en el material probatorio aportado en instancia, que a su juicio fue valorado de forma arbitraria e irracional por el Tribunal *a quo*, entendiendo que de de dichas pruebas se desprende de manera inequívoca que el servicio público que presta el Canal de Isabel II, soterrado a su paso por la Plaza de Castilla, no comprende el suelo ni el vuelo de los terrenos de la Plaza bajo los que transcurre el Canal, de cuyo uso se puede por tanto disponer, generándose en consecuencia el derecho de reversión que los recurrentes fundan tanto en la desafectación como en la existencia de parte sobrante, que entienden en sentido vertical (edificabilidad).

Entre los hechos probados en el proceso de instancia destaca el intento de edificar sobre los terrenos originariamente expropiados lo que en su día se llamó la Ciudad Judicial de Madrid, proyecto finalmente abandonado y sustituido por el de crear en los espacios superiores no ocupados por la infraestructura del Canal un espacio ajardinado integrado en el contexto urbano de la Plaza, que comprende una porción de terreno bajo la cual están las instalaciones destinadas al abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas. Ante la construcción de este parque, la empresa titular del derecho de reversión de los terrenos (adquirido a los propietarios originarios) instó la reversión ante la Comunidad

de Madrid que la denegó, siendo esta denegación confirmada en el proceso seguido ante el TSJ de Madrid.

La sentencia de instancia, de 7 de febrero de 2003, Ar. 45837, desestima el recurso afirmando que desde el punto de vista jurídico no puede decirse que en una parte de la superficie expropiada que se construya un jardín o parque de uso público se esté utilizando una parte sobrante de las infraestructuras del agua ya que

> "obviamente, el suelo es necesario para la obra de reparación, o conservación o protección que el Canal de Isabel II realice sobre sus instalaciones. Aquí no hay constatación de que existan bienes y terrenos sobrantes, requisito que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de octubre de 1991) considera como indispensable para que pueda surgir este tipo de reversión (…). [E]n este caso Ferrovial Inmobiliaria únicamente acredita que sobre las partes del terreno se ha construido una zona ajardinada de uso público, pero de los autos aparece como indiscutible que las instalaciones necesarias del Canal de Isabel II para el ejercicio de la actividad siguen funcionando, por lo que no ha desaparecido, ni siquiera resulta afectada, la *causa expropriandi* que la Administración tuvo en cuenta para la expropiación de los terrenos que se pretenden reivindicar (pues) las instalaciones del Canal de Isabel II siguen cumpliendo el fin social y público que permitió la expropiación".

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo niega igualmente que estemos ante un supuesto reversional por parte sobrante, puesto que

> "el supuesto de parte sobrante que habilita a los expropiados o a sus causahabientes para instar la retrocesión (…) requiere junto al presupuesto básico de que la obra o servicio público legitimador se haya ejecutado; que se den las circunstancias de identidad y causalidad, es decir, que sea identificable la porción que se dice sobrante, como no ocupada por la obra o servicio público motivador de la expropiación y que la existencia de dicha parte sobrante sea consecuencia natural derivada de la ejecución de la obra pública o servicio que constituyó la *causa expropriandi* (…) lo que prohíbe el artículo 66.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, consagrando la especialidad de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, es que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquéllos".

Dicho lo cual, el Tribunal Supremo apunta el verdadero nudo gordiano que desvela el caso, que no es sino la cuestión de si cumplida la *causa expropriandi* y ejecutada la obra sin que de ella derivase parte sobrante en sentido superficial horizontal cabe plantear el nacimiento del derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical sin afectar el cumplimiento de la *causa expropriandi*, es decir, el destino o la utilidad pública de la obra o servicio que motivó la expropiación.

Hay que lamentar que el tema así planteado, de extraordinario interés teórico y de gran relevancia práctica, no sea abordado de forma directa en la resolución del presente recurso de casación. Según dice la propia sentencia los estrechos márgenes de este tipo de recursos no permiten entrar sino en las cuestiones específicas que en él se plantean; o acaso sea porque, en vistas de la complejidad del problema, las peculiaridades de cada caso concreto habrían de ser valoradas de manera específica.

No obstante, el Tribunal Supremo se atreve a avanzar un dato fundamental sobre cuál habría de ser el presupuesto de hecho que tendría que darse para poder analizar la retrocesión a efectos reversionales de los usos o aprovechamientos verticales o en superficie sobre bienes afectos *expropriationis causa*, afirmando que el primer requisito inexcusable sería que el aprovechamiento que se pretendiese sobre los terrenos afectos fuera lucrativo y susceptible de ser patrimonializado, además de factible conforme al planeamiento vigente. Constatada esta circunstancia, la cuestión de la causa reversional aplicable (parte sobrante o desafectación) presentaría distintas facetas en función de que el aprovechamiento en cuestión hubiera sido o no ejecutado por el beneficiario de la expropiación. No obstante, cabría añadir, por nuestra parte, que si el nuevo destino previsto sobre la superficie o el vuelo fuera igualmente dotacional público (como sucede en el caso de autos), no cabría el ejercicio del derecho reversional, pues tal mutación de la afectación originaria excluye el ejercicio de tal derecho a tenor del artículo 54.2.a) de la LEF.

Así las cosas, es claro que en el caso que nos ocupa falla el presupuesto apuntado por el Tribunal Supremo, pues el PGOU de Madrid aplicable excluye el aprovechamiento lucrativo en los terrenos considerados, lo que hace jurídicamente inviable la reversión. Así,

> "es evidente que la posibilidad conforme al planeamiento de crear zonas ajardinadas compatibles con la *causa expropriandi* no constituye un aprovechamiento lucrativo que puede ser patrimonializado por los expropiados o sus causahabientes y por tanto en este caso la reversión que sobre el derecho de vuelo reclaman los recurrentes, por haberse destinado parte de la superficie de los bienes expropiados a favor del Canal de Isabel II a parque público, es improcedente ya que no se alteró el fin específico que motivó la expropiación, puesto que estamos ante la realización de un proyecto de acondicionamiento para parque o zona ajardinada para el esparcimiento de la población, permitido según el capítulo 7.13 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación de Madrid, y totalmente compatible con la razón de ser que motivó la expropiación de los terrenos para la ubicación y prestación de los servicios de infraestructura del abastecimiento de agua en Madrid, lo que en modo alguno constituye un aprovechamiento que pueda ser patrimonializado por los recurrentes ya que no es susceptible de uso privativo.
>
> La adscripción a un destino público como es la creación de una zona ajardinada no implica en modo alguno, en el caso que nos ocupa, desafectación del fin legitimador de la expropiación".

Lo que la sentencia no dice, pero cabría deducir de ella *a contrario sensu*, es que en el supuesto en que el destino acordado sobre el subsuelo de terrenos destinados a una causa de utilidad pública o de interés social fuera lucrativo, el derecho de reversión sí tendría

cabida si se dieran los presupuestos legales para ello, en lo que entendemos sería una desafectación parcial del bien que daría lugar a una sobrante de éste.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Daños sanitarios: culpabilismo *versus* objetividad. B) Daños sanitarios y carga de la prueba. C) Daños sanitarios: alcance de la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente. D) Daños sanitarios: concurrencia de causas en el nacimiento de niños con malformaciones por omisión de la madre de dar información relevante sobre los riesgos de su embarazo. E) Antijuridicidad: obligación de los funcionarios de soportar el daño derivado de la actualización de riesgos propios de sus funciones. **3. Daño indemnizable.** A) Tendencia al rechazo de las reclamaciones cuando la cuantificación y la apreciación de la propia realidad del daño es compleja. B) Daños sanitarios: cuantía del daño por secuelas derivadas de una mala praxis en el parto. C) Compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños cuando concurre un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio: necesidad de toma en consideración efectiva de ambas cantidades para evitar una sobreindemnización. **4. Responsabilidad del poder judicial. Funcionamiento anormal por dilaciones indebidas.** A) Prisión preventiva seguida de absolución por inexistencia objetiva debido a la ilegalidad del único elemento de prueba incriminatorio para el acusado. B) Funcionamiento anormal por dilaciones indebidas: diferencias a la hora de apreciar la existencia de daño moral entre un proceso penal y un proceso civil.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Pueden destacarse en el período que abarca esta crónica el elevado porcentaje de sentencias que enjuician daños ocasionados en el curso de la asistencia sanitaria pública, que han supuesto la mayor parte de las referidas a responsabilidad administrativa y aproximadamente la mitad de todas las dictadas, incluyendo la responsabilidad del legislador y del poder judicial. Como hemos repetido *ad nauseam* en estas crónicas, a partir de la aplicación

del sistema general de responsabilidad, concurren ciertas especialidades en torno a la apreciación del nexo de causalidad –incluido el tema del consentimiento informado–, la antijuridicidad o la valoración del daño que singularizan en cierto modo este sector.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Daños sanitarios: culpabilismo *versus* objetividad

En números crónicas hemos puesto de relieve cómo en materia sanitaria el criterio sustantivo radica en el cumplimiento de la llamada *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.

Comentamos aquí tres sentencias, dos de ellas muy expresivas de la esencialidad de dicho criterio como clave para determinar la responsabilidad de la Administración. En la tercera, por el contrario, aparece una concepción distinta, objetiva, en que se declara la responsabilidad del servicio sanitario incluso habiéndose previamente descartado la culpa de los facultativos, alegando que la Administración no había probado la inexistencia de antijuridicidad, lo que pone de relieve, una vez más, las aporías del sistema.

– La **STS de 14 de marzo de 2007**, Ar. 2289, analiza un caso de supuesta transmisión del virus de la hepatitis C en un hospital público. Parte de un principio fundamental, que, dado el carácter supuestamente objetivo de nuestra responsabilidad, desmentido, en tanto que principio general, una y otra vez por las decisiones judiciales, conviene reiterar aquí:

> "Cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación medica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente."

Con base en este principio y tras un repaso de su jurisprudencia sobre contagio de virus del SIDA y la hepatitis C, tan conocida por los lectores habituales de estas Crónicas, considera que el daño producido por un contagio anterior al momento en que se disponían de medios técnicos de control del plasma –y no al momento posterior en que su empleo se hizo normativamente obligatorio–, no es antijurídico y por tanto existe la obligación de soportarlo. En el caso de autos, el hospital acreditaba que aun no siendo obligatorios,

disponía de dichos test y la sangre fue efectivamente testada con resultado negativo. Si el contagio vino de la transfusión, pudo acaso deberse a la existencia de "períodos ventanas" o a la imperfección de los test entonces existentes, pero en todo caso, se trataba de la mejor técnica disponible, acorde por tanto con el estado de los conocimientos, de la ciencia y de la técnica del momento, por lo que no procede la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. Por lo demás, esta sentencia no acude de forma expresa como *ratio decidendi* a la regla hoy establecida en el artículo 141.1 de la LRJAP-PAC, y la llamada "cláusula del estado de los conocimientos".

– La **STS de 18 de mayo de 2007**, Ar. 3164, resuelve una reclamación por daños derivados del contagio de los llamados "virus de quirófano". El Tribunal recuerda que estas infecciones no son infrecuentes en los trasplantes de órganos y que la mortalidad por infección oscila entre el 65% y el 100%, por lo que, a falta de acreditación de anormalidad en la práctica quirúrgica, descarta la indemnización.

– Pues bien, compárense ambas sentencias con la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 3305. Se trata de una demanda por osteomielitis posquirúrgica:

> "Es cierto que el Tribunal de instancia, al apreciar rotundamente la existencia del nexo causal entre la actuación sanitaria y el contagio padecido por el recurrente, advirtió la inexistencia de culpa de los sanitarios intervinientes, mas ello no quiere decir que no exista el daño antijurídico que impide que el particular haya de asumir las consecuencias de la actuación administrativa puesto que, en el momento en que se aprecia la existencia del nexo causal, la concurrencia de cualquier causa obstativa al reconocimiento del resarcimiento por parte de la Administración ha de ser alegada y acreditada por la Administración partiendo del principio de responsabilidad objetiva que proclama los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 en desarrollo del principio general del artículo 106 de la Constitución.
>
> En virtud de tal principio, y el de la prueba fácil para la Administración, es a ésta a quien le correspondía acreditar la inexistencia de antijuridicidad del daño producido y ello con absoluta independencia, puesto que aquí no se está juzgando la conducta de dichas personas, la existencia o no de negligencia en el actuar de las personas que intervienen dentro de la Administración sanitaria ya que, como decimos, el principio de responsabilidad objetiva y la concurrencia indubitada en el presente caso del nexo causal declarada por el Tribunal de instancia hacía que pesara sobre la Administración la carga de acreditar la inexistencia de la antijuridicidad en el daño producido."

B) Daños sanitarios: carga de la prueba

Reseñamos dos pronunciamientos recaídos en el período considerado en materia de prueba de la relación de causalidad, referidos en ambos casos a daños sanitarios. En los dos, el Tribunal Supremo casa las sentencias de instancia que, pese a entender que había existido un mal funcionamiento del servicio público sanitario, no entendía acreditado que el daño no se hubiera producido de ser correcta la actuación médica. El Tribunal Supremo se revuelve contra estas tesis, que llevarían a los afectados a una *diabolica probatio*.

– En la demanda que da origen a la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 3306, se reclama por el fallecimiento por infarto cerebral posterior a una intervención quirúrgica de una persona con hemorragia previa a la que debió hacerse un TAC que hubiera podido detectar la sintomatología. El tribunal de instancia consideró que esta constatación no permitía afirmar sin más la responsabilidad patromonial, puesto que no habían quedado acreditadas las consecuencias de la no realización del TAC ni si en el caso de haberse realizado se hubiera evitado el fallecimiento. Puesto que el infarto cerebral es una complicación de este tipo de operación que se da en el 10% de los casos, y no se acreditó mala praxis en la propia intervención quirúrgica, descarta la indemnización por este concepto, aunque sí la reconoce por falta de consentimiento informado, en una cuantía de 12.000 euros. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera que, establecida la pertinencia del TAC que no se practicó, la traslación adicional de la prueba realizada por el tribunal de instancia no es asumible.

> "Tiene razón el recurrente cuando concluye afirmando que la traslación de la prueba al recurrente que la sentencia postula supone la exigencia de una *probatio diabolica* y es contraria a los principios que rigen la responsabilidad de la Administración sanitaria. Efectivamente entiende la Sala que la exigencia de responsabilidad en este ámbito ha de partir de la consideración de que la Administración está obligada a aportar todos los medios necesarios en el nivel técnico que la ciencia permita y resulten disponibles para la consecución de una actuación sanitaria correcta sin que en modo alguno pueda estar garantizada la efectiva curación del paciente. Pero lo que no cabe en ningún caso es, considerando la existencia de una mala praxis médica como punto de partida trasladar al recurrente la carga de probar las consecuencias derivadas de ese defectuoso actuar, afirmando, como hace la sentencia, que al mismo le correspondía haber acreditado las consecuencias de la no realización del TAC o de la embolización al mismo tiempo que la angiografía, ni de que, en caso de haberse realizado ambos, se hubiese evitado o no el fallecimiento de la paciente.
>
> Y es que, en principio, y existiendo una responsabilidad objetiva, la mera mala praxis médica que resulta de la no realización del TAC, y fundamentalmente la no justificación de razón alguna que hubiera impedido la realización de la angiografía simultáneamente con la embolización del aneurisma, impone apreciar ya una responsabilidad de la Administración, de lo que se deduce que cualquier circunstancia exculpatoria de dicha responsabilidad exigía, máxime en virtud del principio de la prueba fácil disponible para la Administración, que las circunstancias obstativas a dicha responsabilidad hubieran sido acreditadas por la propia Administración.
>
> Y ello, en cualquier caso, y con independencia de que, como apreció la Sala, la técnica empleada en la intervención quirúrgica posterior fuera o no correcta al realizarse la craiectomía, puesto que la misma ha de presumirse que hubiera sido innecesaria si, al realizarse la angiografía, se hubiera conseguido la embolización del aneurisma, lo que, según parece deducirse de los informes existentes, hubiera hecho innecesaria la práctica de la ulterior intervención quirúrgica."

Asimismo, estima, en este caso en sintonía con el tribunal de instancia, que no exisitó consentimiento informado, ya que no basta cubrir el expediente con una mera declaración posterior de los propios médicos de haber facilitado información oral. Se reconoce una indemnización de 360.607,26 euros, ya actualizados, "teniendo en cuenta que la fallecida deja esposo y una hija, que tenía 34 años".

– La **STS de 20 de marzo de 2007**, Ar. 3283, declara haber lugar al recurso de casación contra una sentencia que considera que no procedía reconocer la responsabilidad pese a darse por probado un error de diagnóstico, consistente en la falta de toma en consideración del dato de que el paciente había tenido un infarto en un momento posterior a recibir la asistencia médica inicial, porque "no consta acreditado que de haberse producido dicho diagnóstico antes, se hubiera evitado el resultado final sobre la salud del paciente". Para el Tribunal Supremo:

> "El Tribunal *a quo* sin ninguna duda contiene en su sentencia una doctrina contraria a la doctrina de esta Sala a la que acabamos de referirnos. La propia Sala sentenciadora tiene por probado que hubo un error de diagnóstico al no valorarse acertadamente que el paciente había tenido un infarto, error que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquél sufría, y por el que acudió al centro médico, ausencia de medios de tratamiento que los propios informes médicos que la sentencia recurrida recoge en su argumentación, ponen claramente de relieve como hemos expuesto, y esa indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, a la que aluden los propios informes médicos y que se produjo consecuencia de aquel error médico de diagnóstico es, la que resulta sancionable, una vez que como ocurre en autos se ha producido un resultado dañoso, sin que sea exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó. Es evidente por tanto que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos.
>
> En definitiva, pues, como consecuencia de la mala praxis a que nos venimos refiriendo, no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad, poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento, acreditados como están los daños cardiovasculares con los que resultó, procede apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración."

C) Daños sanitarios: alcance de la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente

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. La **STS de 21 de marzo de 2007**, Ar. 3145, ofrece doctrina del mayor interés sobre el modo de facilitar la información al paciente previo a la asistencia sanitaria y su grado de intensidad. La información se había dado en un modelo impreso presentado al paciente el mismo día de la intervencion quirúrgica, con un carácter muy genéricio. Merece la pena la reproducción literal.

> "En las actuaciones obra el folio en el que, en un modelo impreso, y por parte del Hospital de la Princesa y sus servicio de neurocirugía se ofreció al paciente en fecha 8 de octubre de 1993, fecha en que se produjo en el mismo día la intervención quirúrgica, información.
>
> En el mismo se entiende que existe la necesidad de ser intervenido quirúrgicamente, así como que hay 'ciertos riesgos y posibles complicaciones' inherentes al procedimiento operativo y postoperatorio, así como que se entiende que no se dan plenas garantías en cuanto al resultado de la operación o exploración. Se añade que algunas circunstancias durante la operación puedan hacer cambiar el procedimiento quirúrgico proyectado, cambios que se autorizan si se consideran convenientes, así como a que se realicen las transfusiones de sangre si son necesarias, prestando consentimiento para cualquier tipo de anestesia general o local que sea precisa.
>
> Es indudable que el documento en que se prestó el consentimiento por el paciente constituye un simple documento de consentimiento informado genérico, que no se adecua a las necesarias exigencias de concreción, en cuanto a la específica operación quirúrgica a que el paciente fue sometido que suponía la asunción de un riesgo del que, efectivamente, resultó una tetraparesia producida por la falta de riego sanguíneo en la médula durante la intervención quirúrgica.
>
> Si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, con mayor motivo en un caso del riesgo de la operación padecida por el recurrente, es evidente que ha de considerarse que la hoja de consentimiento informado suscrita por el mismo no cumple con las exigencias que la interpretación jurisprudencial determina que han de concurrir para ofrecer al paciente una posibilidad de opción entre alternativas, como es el mantenimiento con asistencia de otros medios de la situación que padece o de optar, con pleno conocimiento de los riesgos que asume, por la práctica de la intervención quirúrgica. En el documento suscrito por el paciente el mismo se limita, en relación con tal extremo, a aceptar una intervención sin más que una información de 'ciertos riesgos y posibles complicaciones' que en modo alguno se especifican y que, por lo demás, parecen referirse, no a la producción de secuelas irreversibles de la gravedad que el recurrente sufrió sino a la no obtención de una total garantía en cuanto al resultado positivo de la operación.

Ello, en definitiva, no es suficiente para entender cumplido con la plenitud de información que exige la Ley y ha interpretado la doctrina de esta Sala, con la necesaria información sobre el riesgo a asumir por el paciente, sin que pueda obviarse tal circunstancia, erróneamente apreciada en otro sentido por el Tribunal de instancia, con el argumento de que, si necesitaba una mayor información y detalle en la información recibida, era el propio paciente y sus familiares quienes debían de haberla solicitado, puesto que la excepcionalidad de la lesión que, en definitiva, sufrió el paciente no hacía posible trasladar al mismo la necesidad de solicitar información sobre un específico y gravísimo riesgo que de la operación se podía derivar, del que ni siquiera fue informado con carácter general.

Se aprecia, en definitiva, que en el presente caso, y contrariamente a la valoración efectuada por el Tribunal de instancia, el documento aportado no cumple los requisitos exigidos para entender cumplidas las exigencias del consentimiento informado con lo cual han de entenderse vulnerados los preceptos y la jurisprudencia de esta Sala que los recurrentes invocan."

D) Daños sanitarios: concurrencia de causas en el nacimiento de niños con malformaciones por omisión de la madre de dar información relevante sobre los riesgos de su embarazo

La **STS de 14 de marzo de 2007**, Ar. 1750, examina una demanda de responsabilidad por malformación del feto –ausencia de las dos piernas y del brazo izquierdo– no detectada en el seguimiento del embarazo, que impidió adoptar la decisión de interrupción del embarazo, comtemplada en estos casos como posibilidad legal. La embarazada se había sometido voluntariamente a un aborto legal tres años antes, acogiéndose al supuesto de grave peligro para su salud psíquica. Cuando acudió al tocólogo ante el nuevo embarazo, se negó a facilitar información sobre los motivos de dicho aborto, siendo así que en su momento había alegado que como profesional de la medicina estaba sometida a radiación y temía la existencia de malformaciones. El tribunal de instancia concede una indemnización de 360.000 euros, que tiene en cuenta la actitud de la progenitora al negarse a dar información relevante –sin llevar a cabo en todo caso una cuantificación individualizada, sino estableciendo una cifra a tanto alzado global. El Tribunal Supremo da por buena esta solución.

E) Antijuridicidad: obligación de los funcionarios de soportar el daño derivado de la actualización de riesgos propios de sus funciones

La **STS de 16 de abril de 2007**, Ar. 3154, trae a colación un tema del que nos hemos ya ocupado en crónicas anteriores: cuando una persona al servicio de la Administración sufre un daño derivado de la actualización de un riesgo propio de su puesto de trabajo, sin intervenir ningún elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio –en particular, una defectuosidad en los medios puestos a su disposición– el daño no es antijurídico, y por tanto existe el deber de soportarlo. En aquellas ocasiones nos referimos a daños sufridos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o por personal sanitario. La sentencia que ahora comentamos tiene como presupuesto el daño sufrido por un bombero destinado al servicio de rescate en montaña que sufre una caída en el curso del rescate. Habida cuenta de que el helicóptero que acompañaba al rescate no pudo acercarse

más a la zona debido a las condiciones atmosféricas, se descarta la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio, claro está, de las pensiones a que se pueda tener derecho no ya en concepto de responsabilidad patrimonial.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Tendencia al rechazo de las reclamaciones cuando la cuantificación y la apreciación de la propia realidad del daño es compleja

Traemos aquí tres sentencias que evidencian el rechazo de las reclamaciones cuando la cuantificación y la apreciación de la propia realidad del daño es compleja. Se trata de una tendencia marcada y silente de nuestra jurisprudencia, que hemos ido poniendo de relieve en números anteriores de estas crónicas, y que lleva en no pocas ocasiones a resultados discutibles desde el punto de vista de la garantía indemnizatoria.

– La **STS de 7 de febrero de 2007**, Ar. 1745, tiene como presupuesto una reclamación de daños patrimoniales y morales por la difusión de una nota informativa por parte del Ministerio del Interior en la que se daba cuenta del comiso de una serie de discos compactos musicales sin licencia, editados por una empresa para ser ditribuidos como promoción de un periódico de tirada nacional. Dicha nota informativa no se había limitado a una mera presentación de los hechos, sino que había añadido una calificación de éstos como "edición fraudulenta", "plagio" o "defraudación", sin añadir siquiera el carácter de "presuntos". La empresa fue posteriormente absuelta en vía penal. El Tribunal Supremo, al conocer de la reclamación indemnizatoria en casación, considera que no resulta irrazonable la apreciación del tribunal de instancia según la cual el detrimento patrimonial en forma de pérdida de mercado sufrido por la editora, nueva en el mercado, se hubiera producido por el mero hecho del conocimiento público de que dicha empresa se encontraba incursa en un proceso penal, por lo que no había quedado acreditado el nexo causal. Sin embargo, concede una indemnización en concepto de daño moral al derecho al honor, que cifra en 40.000 euros, sin reconocer una cuantía mayor al entender que el daño estaba originado fundamentalmente por la denuncia y las posteriores actuaciones penales, que puede presumirse justificadamente fueron ya conocidos por el sector.

– La **STS de 16 de mayo de 2007**, Ar. 3163, tiene como trasfondo el veto durante un período de tiempo por parte de un Ayuntamiento a la entrada del personal de una televisión local que cubría las ruedas de prensa e informativas del equipo de gobierno de la Corporación. La actuación fue declarada judicialmente contraria a la libertad de información reconocida en el artículo 20.1.a) de la Constitución. Se reclamó indemnización por los perjuicios económicos sufridos en forma de una disminución de ingresos procedentes de la publicidad comercial, así como por daño moral. El tribunal de instancia no los consideró probados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

– Finalmente, la **STS de 18 de mayo de 2007**, Ar. 3165, se refiere a los daños derivados del derribo de un inmueble, acordado y practicado por un Ayuntamiento, sin las adecuadas medidas para la protección del inmueble colindante, que le ocasionó desperfectos que llevaron a la declaración de ruina. El tribunal de instancia desestimó el recurso por falta de prueba del nexo causal. El Tribunal Supremo casa la sentencia –en uno de los excepcionales supuestos en que considera que concurre una irrazonable valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia– por considerar que no se ha valorado el dato de que un derribo como el llevado a cabo exige la adopción de medidas de refuerzo de los muros medianeros, para a continuación, un tanto sorprendente y contradictoriamente, considerar que falta en la demanda una evaluación individualizada de los gastos, y que, "además", tampoco se acredita el nexo de causalidad entre demolición y runia del edificio colindante, ya que no se prueba cuál era el estado del inmueble con anterioridad al derribo del colindante, que, añade, según testimonios obrantes en autos, era precario.

B) Daños sanitarios: cuantía del daño por secuelas derivadas de una mala praxis en el parto

La **STS de 15 de marzo de 2007**, Ar. 2286, reconoce la responsabilidad por mala praxis médica en la atención prestada en el parto, concretada en la falta de detección de sufrimiento fetal que llevó a una decisión tardía de practicar la cesárea con resultado de lesiones graves en el recién nacido. Se fija una indemnización elevada por comparación con otros supuestos de responsabilidad, de cien millones de pesetas (601.012,10 euros), por referencia además al día en que se formula reclamación en vía administrativa y que por tanto ha de actualizarse a la fecha de la sentencia de instancia. Todo ello teniendo en cuenta:

> "la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas con las que resultó la menor, todas ellas de carácter irreversible, que le impiden durante toda su vida el más mínimo desarrollo de su personalidad, de su autocuidado, y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género, así como el daño moral que se ha causado a sus padres encargados de su cuidado".

C) Compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños cuando concurre un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio: necesidad de toma en consideración efectiva de ambas cantidades para evitar una sobreindemnización

La **STS de 27 de marzo de 2007**, Ar. 2307, suscita un tema del que nos hemos ocupado en no pocas ocasiones en estas páginas: la compatibilidad entre pensiones asistenciales e indemnización por daños, cuando concurre un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio, y la necesaria toma en consideración de las primeras para fijar las segundas sin que se produzca un exceso en la indemnización y por ello un enriquecimiento injusto. El principio está claramente afirmado en la jurisprudencia que, sin embargo, raramente es precisa a la hora de llevar a cabo una valoración financiera circunstanciada que permita concluir que en efecto dicha toma en consideración rigurosa haya tenido lugar. Es lo ocurrido en la sentencia de instancia que casa la del Tribunal Supremo que ahora comentamos, que considera que en la sentencia recurrida

"(...) se echa en falta una ponderación de las circunstancias concurrentes en relación con el alcance de las lesiones padecidas por el perjudicado, su edad, limitaciones que le suponen y afección moral por sus propias características, sin que se haya producido una valoración del alcance de la reparación integral, sobre la que pueda operar la consideración de la pensión que se le llegue a reconocer al recurrente, aun cuando no se conociera al momento de dictarse la sentencia, de manera que la Sala en ningún momento toma en consideración criterios precisos que justifiquen el señalamiento de una cantidad, como la de 1.500 euros, que así fijada carece de lógica y razonabilidad en cuanto, admitido el carácter complementario al objeto de reparación total del perjuicio, ni siquiera se refiere al alcance de tal reparación integral, por lo que no existe modo alguno de contrastar que ésta se vaya a producir".

Por ello, estima el recurso y procede a la fijación de la cuantía de la indemnización, con los siguientes parámetros:

"La estimación de dichos motivos de casación, que hace innecesario el examen del tercero relativo al pronunciamiento sobre costas, llevan a resolver lo procedente, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, a cuyo efecto y limitada la cuestión a la cuantificación de la indemnización, dado que no se cuestiona la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, aplicando los criterios jurisprudenciales antes expuestos, ha de tenerse en cuenta el alcance de las lesiones y secuelas sufridas por el recurrente, que se describen en la sentencia de instancia y que ya se han reflejado en el primer fundamento de derecho, que han determinado su declaración de inutilidad física en razón del servicio, privándole de sus expectativas militares, reduciendo su capacidad laboral como consecuencia de las limitaciones funcionales que le suponen, que incluyen un acortamiento del miembro inferior derecho de dos centímetros, con la consiguiente cojera; lesiones, secuelas y limitaciones que entrañan igualmente un evidente daño moral, por los padecimientos ya sufridos y limitaciones de futuro que como la invocada cojera afectan de manera notable a una persona joven en el desarrollo de las actividades que le son propias en el desenvolvimiento de su vida habitual.

Es por ello que la Sala, atendiendo a tales circunstancias, que no han sido objeto de mayor concreción por el recurrente, como situación laboral o de formación, situación familiar y otros factores que permitan precisar la proyección de tales limitaciones y padecimientos sobre su actividad laboral y vida habitual, considera que la reparación integral del perjuicio se alcanza con una indemnización total por importe de 66.000 euros, cantidad que se entiende comprensiva de todos los conceptos perjudiciales, que tampoco se han especificado o desglosado por el interesado, y ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, de la que ha de descontarse la reparación que obtenga mediante la pensión que finalmente le sea fijada, pues el hecho de que no se conozca su importe no excluye su valoración, según la jurisprudencia a la que antes nos hemos referido, descuento a efectuar en ejecución de sentencia y que vendrá determinado por la capitalización a diez años de dicha pensión al interés legal del dinero a la fecha de su reconocimiento, abonándosele la diferencia, sin que en ningún caso suponga una cantidad inferior a la que le fue recono-

cida en la instancia, cantidad resultante que devengará los intereses del artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción."

4. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. FUNCIONAMIENTO ANORMAL POR DILACIONES INDEBIDAS

A) Prisión preventiva seguida de absolución por inexistencia objetiva debido a la ilegalidad del único elemento de prueba incriminatorio para el acusado

La **STS de 14 de febrero de 2007**, Ar. 2303, estima la reclamación por la prisión preventiva sufrida por una persona que había sido imputada al hallarse estupefacientes en la habitación del apartahotel que ocupaba con otra persona, dentro de los pañales de un hijo suyo. Dicha prueba había sido posteriormente invalidada y, por tanto, no puede ser considerada su existencia para acreditar la existencia del hecho o la participación de la recurrente, por lo que estamos ante un caso de inexistencia objetiva, ya que ése era el único elemento probatorio. Se indemniza en 6.000 euros –a tanto alzado, sin fijar cantidades por semanas con incrementos geométricos, como es habitual en este tipo de daños.

B) Funcionamiento anormal por dilaciones indebidas: diferencias a la hora de apreciar la existencia de daño moral entre un proceso penal y un proceso civil

En los casos de funcionamiento anormal consistentes en un excesivo retraso a la hora de impartir justicia, hay que diferenciar la naturaleza del proceso judicial en cuestión.

Así, la **STS de 14 de febrero de 2007**, Ar. 2303, antes citada, analiza una reclamación por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en dilaciones indebidas. Se trataba de una causa penal, y casa la sentencia de instancia, que había entendido que los retrasos eran imputables a las maniobras dilatorias de otros acusados. El Tribunal Supremo, por el contrario, estima que las dilaciones debidas a dichas actuaciones no pueden imputarse al reclamante y, por tanto, sí procede indemnizar, en la cuantía de 3.000 euros.

Por el contrario, la **STS de 3 de mayo de 2007**, Ar. 3159, estima, frente a lo defendido por el reclamante, que el mero retraso excesivo en la tramitación de un procedimiento no constituye por sí solo un perjuicio moral, pues no cabe equiparar las dilaciones en la tramitación de un proceso penal con aquellas que puedan generarse en la tramitación de un proceso civil:

> "Por otro lado y desde la perspectiva que nos ocupa de los daños morales es obvio que no cabe equiparar las dilaciones en la tramitación de un proceso penal con aquellas que puedan generarse en la tramitación de un proceso civil como el ahora contemplado. En los procesos penales y a ello se ha referido en múltiples resoluciones el Tribunal Constitucional y esta Sala, una duración indebida de un proceso puede comportar consecuencias tales como un desprestigio social o una carga patente de angustia y frustración,

circunstancias estas que no parecen ineludiblemente unidas a los procesos civiles, por lo que será necesario valorar de forma individualizada las circunstancias concurrentes en cada caso."

Francisco López Menudo
Emilio Guichot Reina
Juan Antonio Carrillo Donaire

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Acceso. A) Requisitos. No haber sido separado del servicio y no hallarse inhabilitado. El cumplimiento de las penas de inhabilitación especial permite la reincorporación al empleo público, previa rehabilitación, o el nuevo acceso al empleo público mediante la superación de las pruebas correspondientes. B) Proceso de consolidación de empleo temporal. Turno libre y turno de discapacitados. Reserva de plazas para discapacitados. **2. Carrera administrativa.** A) No es posible adscribir un puesto de trabajo a cuerpos o escalas de un grupo de titulación determinado si quien ocupa el puesto en cuestión no tiene la titulación necesaria. B) Provisión de puestos de trabajo. Concurso de méritos. No existe preferencia de los funcionarios del turno de promoción interna sobre los del turno libre. Cuerpo Nacional de Policía. **3. Instrumentos de gestión de los recursos humanos.** A) Relaciones de puestos de trabajo. a) Deben recoger las características esenciales de los puestos de trabajo. Distinción entre funciones y tareas. b) Falta de justificación objetiva de la elección del sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo. c) Es discriminatoria la reclasificación de puestos de trabajo que otorga niveles diferentes a puestos que tienen asignadas funciones y tareas similares. **4. Derechos laborales.** A) Derechos a la intimidad personal y a la integridad física. No se vulneran por un sistema de control horario basado en la lectura de la mano por infrarrojos. B) Los Ayuntamientos no pueden reducir la jornada laboral semanal a 35 horas, salvo que prueben que el cómputo horario anual es equivalente al estatal. **5. Derechos retributivos. Extensión de efectos de sentencia estimatoria aunque no se recurriera la nómina.**

1. ACCESO

A) Requisitos. No haber sido separado del servicio y no hallarse inhabilitado. El cumplimiento de las penas de inhabilitación especial permite la reincorporación al empleo público, previa rehabilitación, o el nuevo acceso al empleo público mediante la superación de las pruebas correspondientes

Las penas de inhabilitación, tanto si son de carácter absoluto como de carácter especial, conllevan la privación definitiva del cargo o empleo que se ocupase y la imposibilidad de obtener nuevamente un empleo público durante el tiempo de la condena. En consecuencia, puesto que el segundo de los efectos mencionados es de carácter temporal, la **STS de 23 de julio de 2007,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 275800, señala que, una vez extinguida la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena, no existe impedimento para ingresar de nuevo en la función pública previa superación del correspondiente procedimiento de selección. Además, tras el cumplimiento de la pena de inhabilitación, el interesado podrá solicitar ser rehabilitado, en cuyo caso se reincorporaría a su Cuerpo o Escala, ocupando el puesto de trabajo que se le asigne en la unidad en que hubiese tenido su último destino. Sin embargo, tal como recuerda la STS de 23 de julio de 2007, ninguna de las dos posibilidades mencionadas están al alcance de quienes hayan sido separados del servicio.

B) Proceso de consolidación de empleo temporal. Turno libre y turno de discapacitados. Reserva de plazas para discapacitados

En los procesos de acceso al empleo público las personas discapacitadas tienen prioridad para el desempeño de las plazas a ellos reservadas, frente a las personas procedentes del turno libre. De lo contrario, si la elección de plazas se efectuase en función de la puntuación obtenida, sin tener n cuenta el turno de acceso, se frustraría la finalidad de la reserva de plazas para discapacitados, que consiste en individualizar una serie de plazas que, por su existencia, su situación y su localización, resultan adecuadas para poder ser desempeñadas por estas personas. Así lo declara la **STS de 14 de septiembre de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 291935, a pesar de que en el caso enjuiciado la convocatoria del proceso selectivo no concretase de forma suficientemente explícita las plazas reservadas a discapacitados.

2. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) No es posible adscribir un puesto de trabajo a cuerpos o escalas de un grupo de titulación determinado si quien ocupa el puesto en cuestión no tiene la titulación necesaria

Con motivo del traspaso del personal y de los servicios sanitarios de las diputaciones provinciales a la Comunidad Autónoma andaluza (Servicio Andaluz de Salud), mediante Orden de 6 de junio de 1990 se ofreció al personal funcionario de carrera de los centros e instituciones sanitarias de las Diputaciones provinciales andaluzas la posibilidad de optar

entre la integración en el régimen estatutario de la Seguridad Social o el mantenimiento del régimen económico y jurídico propio de su situación de origen.

La recurrente, auxiliar de clínica de la diputación de Almería, perteneciente al grupo E, optó por no integrarse en el régimen estatutario y solicitó a la Junta de Andalucía su adscripción al grupo D. Esta petición fue rechazada, pues la interesada carecía de la titulación necesaria. La misma suerte corrió el recurso contencioso-administrativo interpuesto con posterioridad. Sin embargo, la recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por estimar que casos idénticos al suyo habían sido resueltos de forma distinta por los Tribunales. Sin embargo, la **STC de 18 de junio de 2007**, Sala Primera (recurso de amparo), deniega el amparo solicitado, por apreciar que no se trataba de un supuesto de distinta aplicación judicial de las normas ante idénticas situaciones de hecho, ya que la sentencia de contraste mencionada por la recurrente enjuiciaba un supuesto distinto, en el que sí se estimó la solicitud de adscripción al grupo D, pues, en este caso, la solicitante de la adscripción sí disponía de la titulación requerida y, además, desempeñaba funciones idénticas a las atribuidas a otros puestos que sí estaban adscritos al grupo D.

B) Provisión de puestos de trabajo. Concurso de méritos. No existe preferencia de los funcionarios del turno de promoción interna sobre los del turno libre. Cuerpo Nacional de Policía

En la provisión mediante concurso de méritos de puestos de la escala ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía no cabe otorgar preferencia a los funcionarios de policía ascendidos por promoción interna sobre los funcionarios policiales de nuevo ingreso. La preferencia mencionada es aplicable al personal incluido en el ámbito de aplicación de la de la LMRFP, pero no a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pues, como señala la **STS de 13 de julio de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 240577, este colectivo se rige por la regulación específica que establece la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por ser ésta una norma más específica y posterior a la LMRFP.

3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Relaciones de puestos de trabajo

a) Las relaciones de puestos de trabajo deben recoger las características esenciales de los puestos de trabajo. Distinción entre funciones y tareas

Según una reiterada jurisprudencia las relaciones de puestos de trabajo deben contemplar las características esenciales de los puestos de trabajo, sin necesidad de efectuar una enumeración exhaustiva de las funciones propias de cada uno de los puestos. Para determinar si estas exigencias resultan atendidas por las relaciones de puestos de trabajo habrá que atender a las características concretas de cada puesto de trabajo, de modo que, en ocasiones, la propia definición del puesto de trabajo será suficientemente indicativa al respecto, mientras que otras veces será necesaria una descripción más detallada de las funciones del puesto.

En el caso enjuiciado por la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 13 de julio de 2007**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 557, se plantea si las tareas de recaudación, caja, manejo, custodia y transporte del dinero cobrado por el acceso a las instalaciones municipales deportivas del Ayuntamiento de Ávila están comprendidas en las funciones relacionadas con la llevanza de las taquillas de entrada en las citadas instalaciones, que la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Ávila asigna a los Ordenanzas. La STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2007 concluye en sentido positivo, afirmando que la relativa indefinición de la Relación de Puestos de Trabajo sobre las funciones propias de los Ordenanzas se debe, en parte, a que éstos ocupan puestos no singularizados. Además, la Sala matiza que, a efectos de las previsiones de las relaciones de puestos de trabajo, no cabe confundir las funciones con las tareas necesarias para llevar a cabo las primeras, siendo así que, en este caso, las tareas cuestionadas corresponden a las funciones de porteo y llevanza de taquillas de acceso a las instalaciones municipales deportivas.

b) Falta de justificación objetiva de la elección del sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo

Según una reiterada jurisprudencia el recurso a la libre designación, dado su carácter excepcional como forma de provisión de los puestos de trabajo, sólo resulta ajustado a Derecho cuando se justifica suficientemente por la naturaleza de las funciones asignadas a dichos puestos.

En aplicación de esta jurisprudencia son numerosas las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones de las relaciones de puestos de trabajo que contemplan este sistema de provisión de puestos de trabajo sin justificar debidamente que tales puestos tengan asignada la realización de funciones directivas o de especial responsabilidad. Así, la **STS de 16 de julio de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 240542, confirma la sentencia de instancia que declaró la nulidad de la previsión de la relación de puestos de trabajo de la Diputación Foral de Vizcaya en cuya virtud se proveerían mediante libre designación todas la Jefaturas de Servicio no dependientes de puestos reservados a funcionarios y otras jefaturas o puestos asimilados con funciones de especial responsabilidad. Sin entrar a discutir sobre si las funciones propias de las jefaturas de Servicio tienen o no carácter directivo, la STS de 16 de julio señala que no cabe la atribución generalizada de carácter directivo o de especial responsabilidad a una pluralidad de puestos de trabajo, sino que, caso por caso, ha de justificarse que si en cada uno de los puestos concurren las circunstancias necesarias para su provisión por libre designación.

Éste es el caso también de la **STS de 17 de septiembre de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, que anula una Orden del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, de modificación de la relación de puestos de trabajo de la Policía Autonómica, que establece el sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos, sin esgrimir más razón que la referencia a su condición de órganos de asesoramiento y a las áreas o divisiones administrativas en que se prestaría tal asesoramiento, pero sin detallar las tareas principales de esos puestos ni explicar su incardinación dentro de la cadena jerárquica.

Por su parte, la **STS de 24 de septiembre de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, anula el Decreto del Consejo de Gobierno de Cantabria, de modificación parcial de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca. Mediante esta modificación se suprimen los anteriores puestos de Jefe de Agencia, que se cubrían por concurso, y en sustitución se crean otros tantos puestos de Jefes de Oficina, a proveer por el sistema de libre designación. La STS de 24 de septiembre de 2007 rechaza la generalización del sistema de libre designación para la provisión de los citados puestos de Jefes de Oficina, pues ni la naturaleza de las funciones atribuidas a tales puestos ni el ámbito geográfico en que han de desarrollarse dichas funciones justifican el recurso a la libre designación.

c) Es discriminatoria la reclasificación de puestos de trabajo que otorga niveles diferentes a puestos que tienen asignadas funciones y tareas similares

Así se pronuncia la **STS de 25 de junio de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 209586, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que declaró la nulidad del Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo de la Consejería de educación y ordenación universitaria. La modificación de la relación de puestos de trabajó reclasificó determinados puestos de auxiliar administrativo, a los que otorgó un nivel 14, manteniendo el nivel 12 del puesto ocupado por la recurrente en instancia, pese a que este puesto tenía asignadas funciones idénticas o similares y tareas semejantes o análogas a las de los puestos que fueron reclasificados con un nivel superior.

4. DERECHOS LABORALES

A) Derechos a la intimidad personal y a la integridad física. No se vulneran por un sistema de control horario basado en la lectura de la mano por infrarrojos

En la **STS de 2 de julio de 2007**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 240003, se confirma la sentencia de instancia que había desestimado el recurso para la protección de derechos fundamentales interpuesto por la Confederación General del Trabajo de Cantabria y el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Cantabria contra la resolución del Consejero de Presidencia de 23 de mayo de 2002 que implantó un nuevo sistema de control horario y la Orden de la misma Consejería de 5 de junio de 2002 que estableció la entrada en funcionamiento del nuevo sistema. Los sindicatos aducían la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, así como el derecho a la integridad física. El Tribunal Supremo afirma que un mecanismo de lectura biométrica de la mano mediante un escáner que utiliza rayos infrarrojos y que es inocuo para la salud no puede considerarse lesivo del derecho a la integridad física. Tampoco vulnera el derecho a la intimidad personal la captación por infrarrojos de una imagen tridimensional de la mano que acaba convertida en un registro de nueve bytes válido para, mediante tratamiento informático, identificar a los empleados públicos del Gobierno de Cantabria y controlar el cumplimiento del horario. Se trata, además, de una finalidad legítima que genera una obligación que no requiere el previo consentimiento de los empleados públicos sino que es inherente a la relación que

une a éstos con la Administración empleadora. También descarta el Tribunal Supremo la vulneración del derecho a la salud o la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, puesto que tanto en el expediente como en el proceso constaban informes técnicos que excluían que el sistema fuera dañino.

B) Los Ayuntamientos no puede reducir la jornada laboral semanal a 35 horas, salvo que prueben que el cómputo horario anual es equivalente al estatal

La **STS de 18 de junio de 2007**, Sala Tercera, Sección Septima, Ar. 209795, afirma que el acuerdo plenario de 7 de junio de 2000, del Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache (Sevilla) vulnera el artículo 94 de la LBRL que dispone que "la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración General del Estado". El Tribunal Supremo afirma que, ciertamente, el artículo 94 no impone en el ámbito local exactamente la misma jornada que en el estatal sino que refiere su exigencia de identidad al cómputo anual. No obstante, la disminución en dos horas y media de la jornada de trabajo semanal parece hacer imposible igualar en cómputo anual la fijada en el ámbito estatal. La variación del número de horas de trabajo "es, por sí mísma, tan determinante, aunque se haga en cómputo semanal y no anual, que crea una apariencia de ilegalidad del acuerdo que la produce", por lo que corresponde al Ayuntamiento la carga de la prueba de que ello no es así. Éste, sin embargo, no ha probado que existieran razones por las cuales finalmente el cómputo anual no fuera dispar.

5. DERECHOS RETRIBUTIVOS. EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIA ESTIMATORIA AUNQUE NO SE RECURRIERA LA NÓMINA

La **STS de 25 de junio de 2007**, Sala Tercera, Sección Septima, Ar.5716, desestima el recurso de casación interpuesto contra los Autos de 3 de octubre de 2005 y 30 de enero de 2006, dictados en pieza separada de extensión de efectos de la Sentencia de 3 de diciembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que reconocía el derecho del actor a percibir unas cantidades por el concepto retributivo de turnos rotatorios con independencia de las abonadas por el concepto de complemento de productividad. Los Autos extendieron los efectos de la sentencia señalando que se trata de una doctrina constante del Tribunal que ha afirmado reiteradamente que la práctica de la Dirección General de la Policía de unificar en las nóminas mensuales que emitía a sus funcionarios los conceptos de productividad/turnicidad en un solo capítulo denominado "productividad" era contrario a Derecho y debían girarse las nóminas disociando en capítulos diferentes los dos conceptos. Pese a ello, la Dirección General sigue emitiendo las nóminas sin la correspondiente diferenciación y precisamente con la finalidad de evitar los correspondientes recursos se considera conveniente proceder a la extensión de los efectos de la sentencia. No cabe aducir en contra la existencia de un acto firme y consentido, pues el impago por

parte de la Administración de una cantidad a la que un funcionario tiene derecho genera un derecho de crédito que se extingue no porque se recurra o no la nómina en cuestión, sino única y exclusivamente porque el funcionario afectado no reclame su cumplimiento antes del transcurso del plazo de cinco años a que alude la Ley General Presupuestaria. El Tribunal Supremo confirma los autos respaldando esta argumentación.

Miguel Sánchez Morón
Belén Marina Jalvo
Josefa Cantero Martínez
Eva Desdentado Daroca

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Régimen del suelo. A) La LRSV de 1998 reconoce a los propietarios de suelo urbanizable –de cualquier modalidad– un derecho a la tramitación de los programas de actuación urbanística. B) Los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización no tienen el deber de cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para viales, zonas verdes y dotaciones públicas. C) Los propietarios de suelo urbano carente de urbanización consolidada han de ceder un vial estructurante. **2. Planeamiento urbanístico.** A) La potestad de planeamiento no está obligada a compensar el descuido en el ejercicio de la disciplina urbanística. B) Nulidad por falta de motivación del cambio en la clasificación a suelo urbanizable en vez de suelo urbano. C) La clasificación del suelo no urbanizable sujeto a un régimen de protección tiene carácter reglado y su modificación ha de estar motivada y justificada en razones de interés público. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Convenios urbanísticos. B) Sistemas Generales: Expropiación. **4. Restablecimiento de la legalidad urbanística: ejercicio de la acción pública.**

1. RÉGIMEN DEL SUELO

A) La LRSV de 1998 reconoce a los propietarios de suelo urbanizable –de cualquier modalidad– un derecho a la tramitación de los programas de actuación urbanística

Como hiciera el tribunal de instancia, dos **SSTS de 12 de junio de 2007** (RJ 2007/4830 y 4832), estiman que el artículo 15 LRSV de 1998 reconoce un derecho de los propietarios del suelo urbanizable –de cualquier modalidad– a la tramitación de los planes. En el caso de autos se trataba de un programa de actuación urbanística para terrenos clasificados como "suelo urbanizable no programado". En consecuencia, los tribunales anulan la denegación decretada por el alcalde y ordenan que se tramite:

> "Pues no podemos olvidar que el anterior artículo 15 de la misma LRSV establece, como ya hemos expresado en el Fundamento anterior, que los propietarios de suelo clasificado como urbanizable 'tendrán derecho a promover su transformación instando de la

> Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística'; y tal precepto fue encontrado conforme a la Constitución por la STC 164/2001 (FJ 25º), teniendo el carácter de legislación básica, conforme a la Disposición Final Única (también analizada por la misma STC en su FJ 56º), ya que afecta a los derechos y deberes de los propietarios de las distintas clases de suelo. En consecuencia, como se indica en el FJ 53º de la STC citada, la Disposición Transitoria Primera.b), en su último párrafo, de la LRSV, en cuanto prescribe que 'el desarrollo del suelo urbanizable no programado podrá promoverse directamente, sin necesidad de concurso, mediante los instrumentos de planeamiento previstos en la legislación urbanística', no es sino una consecuencia del derecho a promover la transformación de tal suelo que otorga aquel artículo 15."

Entiende el Tribunal que no es óbice para ello que el Decreto legislativo catalán 1/1990 no contemplara de forma genérica la iniciativa de promoción en el suelo urbanizable sino sólo respecto del urbanizable programado, encontrándose en su regulación elementos suficientes para poder ejercer el derecho en cuestión.

Conviene apuntar que, como tal, ese derecho de los propietarios de suelo ya no figura en la reciente Ley 8/2007, de Suelo.

B) Los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización no tienen el deber de cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para viales, zonas verdes y dotaciones públicas

Según la Sala de instancia, la finalidad de la nueva delimitación de la unidad de ejecución era exclusivamente obtener el máximo de suelo para crear una zona verde y un aparcamiento en su subsuelo para 100 vehículos por planta; una capacidad excesiva para las necesidades de la unidad que lo convertían en un sistema general. Por otro lado, la delimitación de la unidad de ejecución no permitía el equitativo reparto de beneficios y cargas entre los terrenos que la integran. En consecuencia, la cesión de suelo por los actores constituía una carga gravosa injustificada.

La **STS de 3 de julio de 2007** (RJ 2007/3752), confirma ese veredicto, distinguiendo cuáles son los deberes que legalmente corresponden a los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la edificación:

> "(…) basta confrontar el contenido normativo de los números 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, en el que, efectivamente, el Estado reguló 'condiciones básicas' al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución (como resulta de la Disposición Final Única de dicha Ley y de la doctrina constitucional que cabe ver en las Sentencias del Tribunal Constitucional números 164/2001 y 54/2002), para alcanzar la conclusión de que a los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización sólo se les imponen los deberes urbanísticos de 'completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieran– la condición de solar', y de 'edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por

> el planeamiento y de conformidad con el mismo'; no siendo a ellos, y sí a los propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada, a quienes se imponen los deberes de cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos, y del que igualmente lo fuera para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, a efectos de su gestión".

Como recuerda finalmente el Tribunal, "no son los deberes establecidos en el planeamiento, sin más, sino los establecidos en éste en virtud o de conformidad con las Leyes, los que cabe imponer".

C) Los propietarios de suelo urbano carente de urbanización consolidada han de ceder un vial estructurante

En cambio, los propietarios de suelo urbano que carezca de urbanización consolidada sí deben asumir el deber de ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluya en el ámbito de actuación, por imperativo del artículo 14.2.a) de la Ley 6/1998, de 13 de abril. En el supuesto de autos, resuelto por la **STS de 3 de octubre de 2007** (RJ 2007/5503), se trataba de un vial incluido dentro del proyecto de urbanización y de reparcelación de un programa de actuación integrada.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) La potestad de planeamiento no está obligada a compensar el descuido en el ejercicio de la disciplina urbanística

La revisión del PGOU de La Coruña cambió la clasificación de rústica a urbana (uso residencial) de un determinado monte, si bien establecía para unas áreas una parcela mínima de 2.000 m^2 y para otras sólo 1.000 m^2 o inferiores. El recurrente era propietario de dos parcelas en la primera área y, en su recurso, alegaba que era arbitrario, discriminatorio, irracional y desproporcionado que la exigencia de una parcela mínima inferior beneficiase a quienes parcelaron y edificaron incumpliendo la legalidad, creando situaciones de imposible reparcelación.

La **STS de 10 de septiembre de 2007** confirma la desestimación del recurso, entendiendo que es lógica la decisión del planificador, que parte de una realidad existente que no desea prolongar y, para preservar las connotaciones rústicas precedentes, exige una parcelación más amplia y una futura edificación de mayor calidad (vivienda unifamiliar):

> "El nuevo PGOU –de ser cierta la ilegalidad que se predica de las edificaciones existentes– podía haber optado por dejar las mismas fuera de ordenación extendiendo la exigencia de la parcela mínima de 2.000 metros a las mencionadas –y construidas– zonas colindantes, mas la no adopción de tal exigencia, tampoco puede ser considerada como arbitraria desde

> la perspectiva del ejercicio de la potestad de planeamiento. Cosa distinta, excluida del presente recurso, hubiera sido el adecuado ejercicio de la potestad de disciplina urbanística, mas como la sentencia de instancia expone, resulta absolutamente inviable en el marco del ejercicio de la potestad de planeamiento la exigencia de algún grado de compensación derivada del descuidado ejercicio municipal, o autonómico, de la citada potestad de disciplina urbanística. No se trata, pues, de parámetros compensables en el marco del respeto al principio de legalidad."

Como refleja el fundamento jurídico trascrito, la argumentación del recurso traslucía un sentimiento de agravio e injusticia material respecto de los propietarios infractores, que no son compartidos por los tribunales. Le recuerdan, en ese sentido, que el recurrente no ha recurrido el fundamento fáctico ni la clasificación llevada a cabo por el nuevo PGOU. También que, merced al cambio, las parcelas del recurrente reciben el beneficio propio del suelo urbano de uso residencial, mientras que antes la posible edificación estaba vinculada a las finalidades agrícolas típicas del suelo rústico.

B) Nulidad por falta de motivación del cambio en la clasificación a suelo urbanizable en vez de suelo urbano

Al aprobar el PGOU de San Bartolomé de Tirajana, la Comisión de Urbanismo de Canarias asumió la clasificación de suelo urbanizable programado dada por un plan parcial anterior a una parcela propiedad del recurrente, mientras que las normas subsidiarias a la sazón vigentes la clasificaban como suelo urbano. La Sala de instancia estimó el recurso y anuló la aprobación definitiva.

La **STS de 16 de mayo de 2007** (RJ 2007/3162), rechaza el recurso de casación por apreciar igualmente una falta de motivación:

> "(…) el Plan General aquí impugnado puede variar la clasificación de la finca propiedad de la parte actora, y puede por ello clasificarla como suelo urbanizable en lugar de suelo urbano, pero ello ha de ser explicándolo debidamente, es decir, motivándolo.
>
> Porque si el Planificador se encuentra con que una finca es clasificada por las Normas Subsidiarias como suelo urbano y por el subsiguiente Plan Parcial como suelo urbanizable, ninguna duda cabe que ha de atender, para salvar esa contradicción, al Plan que tenga mayor jerarquía, es decir, a las Normas Subsidiarias, y si quiere contradecirlas, como puede, ha de motivar el cambio. Lo que no puede es asumir a ciegas, sin explicación alguna, la clasificación otorgada por el Plan Parcial ignorando que también están vigentes a la sazón unas Normas Subsidiarias (que son un instrumento urbanístico de mayor jerarquía que los Planes Parciales), que clasifican el suelo de otra forma.
>
> La parte recurrente en casación afirma que no se puede ignorar lo que dice el Plan Parcial, por ser una disposición firme y consentida; pero igual de firmes y consentidas son las Normas Subsidiarias, que, además, tienen mayor rango normativo.

> No existe, por lo tanto, ni infracción del artículo 19.2 del Reglamento de Planeamiento ni de las sentencias que se citan del Tribunal Supremo. Repetimos: el Plan General puede asumir lo dicho en planes ya aprobados, sean éstos contrarios o no a Planes o Normas anteriores, pero si lo hace contraviniendo la definición reglada de suelo urbano que contiene otro Plan o Norma anterior y prevalente, debe motivar el cambio".

C) La clasificación del suelo no urbanizable sujeto a un régimen de protección tiene carácter reglado y su modificación ha de estar motivada y justificada en razones de interés público

El TSJ de Madrid había anulado en 2003 las determinaciones de la Orden de la Consejería autonómica de 1997 que, al aprobar la revisión del PGOU de Madrid de 1985, desclasificaba veintiocho terrenos considerados suelo no urbanizable de especial protección.

Tras un exhaustivo y riguroso examen del caso, incluido el expediente administrativo, la **STS de 3 de julio de 2007** (RJ 2007/3753), casa la sentencia de instancia respecto de cinco de esos terrenos, al constatar que la revisión del Plan no altera la clasificación precedente, sino que se limita a incorporar la que ya tenían en el planeamiento previo.

El Tribunal mantiene, en cambio, la nulidad del resto de reclasificaciones, rechazando el *ius variandi* y el carácter discrecional de la potestad de planeamiento invocados por la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento: "infracciones que hemos de negar, pues no hay discrecionalidad y sí, más bien, aplicación reglada de conceptos jurídicos indeterminados, en la decisión por la que un determinado suelo es clasificado, o no, como no urbanizable protegido".

Resalta el Tribunal que la Sala de instancia afirma el carácter reglado del suelo no urbanizable sujeto a un régimen de protección con base en lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley madrileña 9/1995, "de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo". Y viene a concluir que esa tesis es la que se acomoda al ordenamiento estatal y a la jurisprudencia. En el extenso fundamento jurídico décimo, el Tribunal explica la razón jurídica de este límite para el planificador:

> "Si el artículo 45 de la Constitución impone a los poderes públicos los deberes de defender y restaurar el medio ambiente, habrá que interpretar las normas jurídicas estatales que sucesivamente fueron recogiéndose en los artículos 80.b) de la Ley del Suelo de 1976, 24. b) del Reglamento de Planeamiento, 12 de la Ley del Suelo de 1992 y 9 de la Ley 6/1998, no en el sentido de que el planificador disponga de una opción entre dos decisiones igualmente justas cuando se enfrenta a esa cuestión de clasificar un suelo, o no, como no urbanizable protegido, sino en el sentido de que tal clasificación es obligada, reglada, tanto si el suelo de que se trata está incluido en el ámbito de aplicación de normas o legislación específica que lo sometan a un régimen de protección incompatible con su trasformación urbanística, como si, pese a no estarlo, concurren en él, y con el grado de intensidad requerido, los valores a los que sucesivamente se han ido refiriendo aquellos artículos. Así, fijándonos en esta sentencia en aquel artículo 12 de la Ley del Suelo de 1992, por ser el formalmente vigente y aplicable al tiempo de la aprobación definitiva de la Revisión impugnada, era obligada, reglada, la clasificación de un suelo como no urbanizable prote-

> gido si lo en él existente, reconocible, apreciable, era su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, o posibilidades de explotación de sus recursos naturales, o valores paisajísticos, históricos o culturales, o, en fin, si la razón lo imponía así para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico [conclusión que sería idéntica si hubiéramos de fijarnos en el artículo 80 b) de la Ley del Suelo de 1976; e incluso más exigente si tuviéramos que prestar atención al artículo 9 de la Ley 6/1998, pues en éste, tanto en su redacción originaria como en la dada por el Real Decreto-Ley 4/2000 y por la Ley 10/2003, ha desaparecido el adjetivo excepcional y no deja de haber una matizada ampliación del elenco de valores a tomar en consideración; asimismo, los valores concurrentes en los suelos, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, determinan, al igual que otras causas, que deban estar, en todo caso, en la situación de suelo rural, según el artículo 12.2.a) de la aún no vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo."

En consecuencia, estima que semejante modificación a través del planeamiento de las clasificaciones de suelo preexistentes requiere una expresa motivación basada en justificadas razones de interés público:

> "Como es lógico, si el planificador decidió en un Plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados, no como suelos no urbanizables simples o comunes, sino como suelos no urbanizables protegidos, le será exigible que el Plan posterior en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador exponga con claridad las razones que justifican una decisión que, como esta posterior, contraviene una anterior en una cuestión no regida por su discrecionalidad. Esta decisión posterior no está, así, amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (*ius variandi*); ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad de planeamiento.
>
> Por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen."

Doctrina legal aparte, resulta también muy interesante el minucioso estudio de los antecedentes del caso que hace la Sentencia, revelador de las presiones urbanísticas que pesan sobre los vestigios de naturaleza todavía existentes en el municipio madrileño. Sin cuestionar el modelo político elegido, no se resiste a transcribir la reflexión que inicia el Informe de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, datado en 1997, sobre la clasificación del suelo: "La Revisión del Plan General de Madrid ordena el territorio municipal adoptando un modelo de crecimiento expansionista que viene a ocupar con desarrollos urbanos la práctica totalidad de los terrenos que en alguna medida pueden presentar todavía capacidad de acogida para estos usos, agotando así sus posibilidades para el futuro".

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Convenios urbanísticos

El TS, en su **STS de 6 de febrero de 2007,** Ar. 3308, debe enfrentarse a dos incidencias acaecidas respecto a un convenido urbanístico suscrito entre un Ayuntamiento y un particular. Por un lado, la no culminación del planeamiento urbanístico en los términos contemplados en tal convenio, incluso después de una modificación dicho planeamiento. Por otro, la aplicación de la STC 61/1987, de 20 de marzo, que anulaba, por lo que aquí interesa, el precepto del TRLS de 1992 que posibilitaba un aprovechamiento urbanístico del 15%, y que constituía un elemento básico del acuerdo pactado en el convenio.

A juicio del TS, dichas incidencias son de tal magnitud que inciden en el convenio de manera que no puede exigirse su cumplimiento en los términos pactados.

Para ello, el TS indica que los convenios urbanísticos deber ser interpretados en función del plan, y no éste en función de los convenios suscritos, y diferencia entre dos tipos de convenios: los denominados de gestión urbanística, dirigidos a la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado y que contienen, por ello, estipulaciones conformes a éste, y los llamados convenios urbanísticos de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, cuya finalidad es precisamente lograr una modificación futura del planeamiento vigente. Por ello, este segundo tipo de convenios suele recoger unas determinaciones contrarias al planeamiento vigente en el momento en que se suscribe.

No pueden existir, a juicio del TS, una tercera categoría de convenios urbanísticos que se caractericen por contradecir las normas del planeamiento en vigor pero sin pretender su modificación futura, ya que serían nulos por contradecir lo dispuesto en la Ley (artículos 57 y 58 TRLS). Éste sería el caso del convenio urbanístico objeto de la controversia.

Partiendo de este punto, el TS indica que, si la quiebra del convenido no afecta a su esfera jurídico-administrativa, se puede aplicar la doctrina del Derecho Común en materia de contratos a la hora de decidir, entre otras cuestiones, sobre la resolución sobrevenida del mismo.

De este modo, en el supuesto que nos ocupa, ya se había producido la cesión anticipada al Ayuntamiento por parte del interesado de ciertos terrenos, en cumplimiento del convenio suscrito, y que sólo tenían razón en el proceso de ejecución de la urbanización proyectada. Desaparecida de modo definitivo y completo la posibilidad de llevar a cabo dicha urbanización, desaparece totalmente la base negocial en que se sustenta dicha cesión, sin que pueda argumentarse, como hace el Ayuntamiento, su carácter irrevocable, como si se tratara de una donación civil gratuita, pues en los convenios urbanísticos como el del supuesto, no existe en absoluto *animus donandi* o liberalidad.

En definitiva, desaparecida la causa que sirve de justificación a la cesión, aunque sea por razones no imputables a las partes, se produce la quiebra del contrato, por cuanto de

mantenerse se produciría un enriquecimiento injusto de una de las partes, entendiendo, por tanto, que la resolución es el único medio de compensar el desequilibrio de la prestación y el enriquecimiento injusto producido.

B) Sistemas Generales: Expropiación

En su **STS de 14 de marzo de 2007,** Ar. 1749, el TS debe resolver un problema que se plantea en la aplicación del artículo 69 TRLS de 1976, respecto a una finca en la cual se situaba un casa palacio y que había sido destinada en el Plan General vigente a sistemas generales de parques urbanos y clasificado el suelo como urbanizable programado, situación jurídica que en términos similares ya había sido recogida en el planeamiento anteriormente vigente y que se remontaba a 1982.

La controversia se situaba en el transcurso del plazo de 5 años desde la entrada en vigor del plan que se requería para que los interesados instaran la expropiación en el supuesto de inactividad de la Administración. Esos terrenos como sistema general serían no edificables y no se incluían en ninguna unidad de ejecución para su obtención configurándose así un supuesto de ejecución del planeamiento por el sistema de expropiación, que el propietario puede instar si persiste la inactividad administrativa más allá de un plazo razonable, que el legislador ha establecido en 5 años.

El problema se situaba en si para el cómputo de esos 5 años hay que tener en consideración únicamente el planeamiento vigente o cabe computar el tiempo transcurrido con el planeamiento anterior si éste ya preveía las mismas determinaciones respecto a la finca objeto del litigio.

El TS indica en su sentencia que ese derecho a instar la expropiación constituye una garantía para los propietarios que ven mermadas sus facultades dominicales como consecuencia de la prohibición de conseguir un aprovechamiento urbanístico impuesta por el planeamiento. Con ello, el legislador busca que la Administración ponga fin a esa situación jurídica en la que el propietario soporta unas cargas que le impiden dar al terreno un aprovechamiento distinto al proyectado en el planeamiento, evitando una prolongación indefinida de dicha situación ante la inactividad administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta razonable, a juicio del TS, que si esa situación nace de un determinado planeamiento, que no se ha ejecutado en toda su vida jurídica, y que continúa en términos semejantes en el vigente planeamiento, se tenga en cuenta la persistencia en la inactividad de la Administración a efectos del cómputo del plazo, pues en caso contrario, supondría un premio a esa inactividad, en perjuicio de la garantía de los derechos del particular que el legislador ha querido proteger.

En definitiva, el TS indica que nacido el derecho protegido por el artículo 69 TRLS de 1976 bajo la vigencia de un determinado planeamiento y haya transcurrido el plazo de 5

años sin que se produzca la ejecución por parte de la Administración, el derecho prosigue con la entrada en vigor de un nuevo planeamiento al mantenerse la misma clasificación del terreno y la inactividad de la Administración, de manera que la sucesión de planeamientos no altera en nada la situación creada y el derecho del interesado.

De esta manera, el TS resuelve desestimando el recurso planteado que mantenía la interpretación contraria.

4. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA

La **STS de 12 de junio de 2007,** Ar. 3416, vuelve a insistir en la virtualidad de la legitimación pública para la defensa de la legalidad urbanística. En ésta, el Tribunal Supremo rechaza del recurso de casación deducido contra la sentencia de instancia, que había, a su vez, estimado el deducido por la recurrente frente a una Resolución el Ayuntamiento de Azpeitia que desestimaba la denuncia de unas obras de construcción de unos bloques en dicha localidad.

El Ayuntamiento, así como la entidad inmobiliaria promotora de las obras, aducían la validez de las construcciones realizadas, ya que éstas habían sido plenamente legalizadas por la Modificación de las Normas Subsidiarias del Municipio de Azpeitia aprobada por acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa en 2000. Por esta razón consideraban que la legalidad urbanística había sido ya plenamente restaurada. Sin embargo, dicha modificación había sido declarada nula de pleno derecho por la Sala de instancia en sentencia del año 2003, luego confirmada en casación por el propio Tribunal Supremo en sentencia de 2006, por lo que había devenido firme. Además, entendían los demandados que la recurrente había ejercitado la acción popular no en defensa de la legalidad urbanística, sino para perjudicar el interés general promovido por la Corporación municipal y causar daño al que levantó las edificaciones.

Para el Alto Tribunal, el hecho de que el ejercicio de la acción pública contraríe los designios del Ayuntamiento y los intereses patrimoniales de la titular de la licencia de obras no implica que se trate de perjudicar a éstos o de oponerse a los generales que aquél tiene el deber de proteger, pues, de lo contrario, esta tacha empañaría siempre el ejercicio de dicha acción haciéndola improsperable, según la incorrecta interpretación que los recurrentes hacen de la jurisprudencia de esta Sala, recogida en sus Sentencias de 22 de enero de 1980, 21 de septiembre de 1988 y 2 de noviembre de 1989.

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) Clasificación de los bienes municipales. Carácter demanial de los bienes comunales. B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Inalienabilidad relativa de los bienes patrimoniales afectos a fines públicos. C) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos procedimentales exigidos en la legislación de régimen local. D) Permuta de bienes patrimoniales. Requisitos exigidos para ello. E) Enajenación gratuita de los bienes locales. Devolución en caso de incumplimiento de los fines para los que se ha realizado la donación. F) Aprovechamiento de los bienes comunales. Primacía de la costumbre, se encuentre o no codificada en Ordenanzas, frente a la regulación *ex novo* de los citados aprovechamientos en Ordenanzas. G) Prerrogativas de las Entidades locales. Procedimiento para la recuperación de oficio de los bienes locales. **3. Aguas continentales.** A) Comunidades de Regantes: participación en Junta de Explotación del Organismo de cuenca. B) Deslinde: determinación de la máxima crecida ordinaria. C) Infracciones y sanciones: utilización de agua para riego sin autorización. D) Obras hidráulicas: recrecimiento del embalse de Yesa. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde del demanio costero. a) Persigue integrar en el dominio público todas las dependencias que reúnen las condiciones requeridas natural y normativamente aunque no existan en el momento de iniciarse el procedimiento. b) Es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición, obviando comparaciones. c) Procedimiento de deslinde. a') El ejercicio de un nuevo deslinde no supone la revisión de previos actos propios. b') La modificación sustancial del deslinde provisional requiere información pública y audiencia a los colindantes afectados. c') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: prohibición de edificaciones sólo en la medida en que afecten a zo-

nas de servidumbre de protección y tránsito. C) Usos privativos del demanio marítimo: la concesión demanial tiene carácter temporal. **5. Minas: diversas cuestiones. 6. Patrimonio cultural. 7. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales. a) Canon de regulación: competencia para su imposición, procedimiento, imputación de gastos de funcionamiento y reducción por la participación-beneficio del Estado. b) Tarifa por utilización de agua. B) Dominio público local: Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios. C) Impuesto sobre Bienes Inmuebles: Dominio público marítimo-terrestre: exención en el régimen vigente antes de 1997.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia núm. 1657 de 2007 hasta la actualidad y la Constitucional desde la 154/2005, de 18 de junio, hasta la 222/2007, de 8 de octubre.

2. BIENES LOCALES

A) Clasificacion de los bienes municipales. Carácter demanial de los bienes comunales

La legislación de régimen local ha calificado expresamente los comunales como bienes de dominio público. Calificación que se ha recogido expresamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la **STS de 21 de febrero de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2903, se afirma que el artículo 132.1 de la Constitución dispone que "la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación". Por su parte, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas en el artículo 5.1 afirma que "son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una Ley otorgue expresamente el carácter de demaniales" y de igual manera ya el artículo 79 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, clasificó en su núm. 2 los bienes de las Entidades locales en dos categorías al decir que son de dominio público o patrimoniales, añadiendo en el núm. 3 que son bienes de dominio público los destinados a un uso

o servicio público y que tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos. En idéntico sentido se manifiesta el artículo 2.3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Y sigue diciendo la STS comentada que dejando ahora de lado la evidente discordancia entre la Carta Magna y las Leyes citadas, puesto que ésta distingue entre los bienes de dominio público y los comunales, lo que interesa destacar es que los bienes comunales sólo podrán pertenecer a los Municipios y a las Entidades locales menores, artículo 2.4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y que poseen dos notas que los singularizan en relación con las distintas categorías de bienes de las Administraciones Públicas. De un lado, que su titularidad no es exclusiva del Municipio o de la Entidad Local Menor que los posean sino que la comparten con los vecinos, así Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1977 y, de otro, que su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos, artículos 75 del Texto Refundido de 1986 y 94.1 del Reglamento de Bienes que expresa que el aprovechamiento y disfrute de bienes comunales se efectuará precisamente en régimen de explotación común.

B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Inalienabilidad relativa de los bienes patrimoniales afectos a fines públicos

Dentro de los bienes patrimoniales es necesario identificar los bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Dichos bienes están sujetos a un régimen jurídico peculiar y, en particular, están sujetos a la regla de la inalienabilidad relativa, es decir, no se pueden enajenar más que para destinarlos al fin público al que están afectos y, si se vendieran para otras finalidades, dicha venta estaría viciada. Supuesto este último que puede apreciarse en la **STS de 9 de abril de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4096, al examinar la validez de la enajenación de bienes pertenecientes al patrimonio municipal del suelo para fines diferentes a los previstos en la legislación del suelo.

En concreto, en la citada STS se dice que el artículo 276.2 del TRLS, cuya vigencia ha sido admitida y declarada expresamente por esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006\2034), vincula el producto de la enajenación de los bienes del patrimonio municipal del suelo a su conservación y ampliación, de forma que sólo se pueden enajenar tales bienes para cumplir ese fin, y en el caso de autos ello no se cumple, según muestran las actuaciones, en las que sólo aparece la referencia a que el producto de la enajenación se destinará a la atención de servicios municipales e incluso aparece denegada una propuesta relativa a que el importe se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial. Y, a continuación, en la Sentencia se afirma que esta Sala del Tribunal Supremo, en las sentencias que después se mencionarán ha declarado que las enajenaciones de terrenos del patrimonio municipal del suelo no se pueden destinar a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo y que se ha de mantener la imposibilidad de que los Ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales.

Entre otras SSTS que se citan como precedentes por la Sentencia comentada se mencionan las de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10310), 14 de junio de 2000 (RJ 2000\5471), 25 de octubre de 2001 (RJ 2001\9408) y 27 de junio de 2002 (RJ 2002\5943), recogidas en la Sentencia de 27 de junio de 2006, recaída en el recurso de casación 466/2004 (RJ 2006\5973). Sentencias que parten de la regulación contenida en el artículo 276 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Por otra parte, en la Sentencia comentada se pronuncia sobre la obligación de que figure en el expediente la justificación de que la enajenación de los bienes pertenecientes al patrimonio municipal del suelo se realiza para los fines previstos en la legislación urbanística. En particular, en la citada Sentencia se dice que si la norma que regula la materia y la jurisprudencia que la ha aplicado, expresa y únicamente, permiten la enajenación de terrenos pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, cuando se destinen a la conservación y ampliación de ese patrimonio, es claro que ese destino es el primer presupuesto para la validez de la enajenación y al no constar éste, la enajenación se ha de estimar que infringe la norma que autoriza tal enajenación y sin que por tanto se pueda dejar al criterio de la Corporación el determinar el destino con posterioridad a la venta, pues ello ni lo autoriza ni lo permite el régimen al efecto establecido, y además se posibilitaría la autorización de una venta sin cumplir las condiciones a que ésta está sujeta, ya que como se ha visto la venta de terrenos perteneciente al patrimonio municipal del suelo, sólo está permitida cuando el importe de la venta se destine a la ampliación y conservación del citado Patrimonio, y por tanto el destino es presupuesto y condición de la validez de la venta y ha de constar y acreditarse por tanto desde el primer momento para poder iniciar el trámite de venta, ya que sin ese presupuesto no hay posibilidad de tal enajenación del patrimonio municipal del suelo, al no existir hasta conocer el destino la autorización o habilitación legal para realizar la operación.

C) Enajenación de bienes patrimoniales. Requisitos procedimentales exigidos en la legislación de régimen local

En la legislación de régimen local se exigen determinados requisitos procedimentales para que la enajenación sea válida. Su alcance se examina en la **STS de 9 de abril de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4096.

En particular, en la citada STS se afirma que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 79.1 de la Ley de Régimen Local de 1986, y 109 del Reglamento de Bienes de 1986, toda enajenación de bienes por parte de las Entidades locales ha de ser comunicada a la Comunidad Autónoma y cuando se trate de bienes cuyo valor exceda del 25% de los recursos ordinarios del presupuesto anual, es precisa la autorización de parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma. Y tratándose en el caso de autos de una venta cuyo valor no excede del 25% del recurso ordinario del presupuesto anual, es claro, que sólo estaba sujeta a la mera comunicación, como además las partes no cuestionan. Y dado que esa comunicación la refiere la norma a la enajenación, al decir el artículo 79 citado,

"toda enajenación de bienes inmuebles habrá de comunicarse al órgano competente de la Comunidad Autonoma", se ha de entender por tanto, como refiere la parte recurrente, que sólo surge esa obligación de comunicar al órgano competente de la Comunidad Autónoma, cuando se ha producido realmente la enajenación y no cuando se aprueba el acuerdo para la enajenación, pues así se infiere de los términos claros de la norma y además así lo ha entendido esta Sala en la Sentencia de 22 de septiembre de 2005, recaída en el recurso de casación 1129/2002 (RJ 2005\8692), que, entre otros, otorgó eficacia a los efectos de interponer el oportuno recurso a la comunicación habida después de la enajenación del bien por parte del Ayuntamiento.

D) Permuta de bienes patrimoniales. Requisitos exigidos para ello

La legislación de régimen local prevé, con carácter excepcional, la permuta de bienes municipales por otros pertenecientes a particulares. No obstante, dado que supone la inaplicación de la regla de la subasta en la enajenación del patrimonio local, es preciso que se justifiquen expresamente que se cumplen los requisitos exigidos por la legislación. En caso contrario se anularía la permuta. Anulación de la que se parte en la **STS de 20 de marzo de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4040, al no estimar válida la permuta de unos bienes por una cosa futura, que en el caso debatido consistía en la construcción de un edificio, en la medida que la selección del constructor no había respetado las reglas de publicidad y concurrencia de selección del promotor contratista ni tampoco se había justificado la procedencia de la permuta.

En concreto, en la STS comentada se dice que la Sentencia recurrida parte de la realidad no controvertida de que en el expediente no se había acreditado la necesidad o conveniencia de efectuar la permuta, es claro, que entonces aplicando al respecto lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, que la Sentencia oportunamente valora, y la reiterada doctrina de esta Sala, en relación con los supuestos en que se pueda autorizar la permuta, Sentencias de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005\34), de 31 de enero de 2000 (RJ 2000\2112) y de 24 de abril de 2001 (RJ 2001\3423), se estaría ante un acto nulo de pleno derecho, pues se había autorizado un convenio para realizar una permuta, sin cumplir los requisitos de publicidad y libre concurrencia y no haber acreditado en el oportuno expediente las razones de conveniencia o necesidad a que se refiere y exige la norma citada.

Por lo que respecta a la indemnización por la anulación de la permuta que debe abonarse al particular, en la STS comentada indica que no deben abonarse al promotor contratista que adquirió los bienes municipales las ganancias que no percibió por la construcción del edificio. Como se indica en la STS comentada, la Administración acuerda en el propio acto impugnado abonar los perjuicios causados hasta el momento en que lo deja sin efecto, por lo que cumple con suficiencia los derechos del afectado, y sin que puedan alcanzar por tanto, como se pretende, a los beneficios dejados de percibir por no haber realizado la construcción a que la permuta se refería, pues de una parte, la construcción aún no se había iniciado, y se estaría por tanto hablando de futuribles o de hipotéticos beneficios, que esta Sala no ha aceptado, entre otras en Sentencias de 30 de junio de 1993

(RJ 1993\5340) y 29 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7026), y por otro lado, esa construcción no se podía realizar, por traer su causa de un acto nulo de pleno, de acuerdo, como se ha expuesto, con las circunstancias concurrentes y con las normas que regulan la enajenación de los bienes patrimoniales de los entes locales. Sin olvidar en fin, a mayor abundamiento, que si se pudiera acudir a los criterios del Código Civil, cual el recurrente pretende, se habría de llegar a la misma conclusión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1306, pues al tratarse de un acto nulo de pleno derecho, con lo que obviamente se podría estimar que concurre la causa torpe, a que se refiere el Código Civil, el hoy recurrente en el mejor de los casos sólo tendría derecho a reclamar lo que hubiere dado, y ello ya se lo ha reconocido la Administración.

E) Enajenación gratuita de los bienes locales. Devolución en caso de incumplimiento de los fines para los que se ha realizado la donación

Las Entidades locales pueden ceder gratuitamente a otras Administraciones sus bienes para el cumplimiento de determinados fines. No obstante, en caso de que no se lleven a efecto los mismos por el cesionario, la Administración cedente podrá recuperar el bien. En tal sentido se pronuncian los artículos 79.2 de la Ley de Régimen Local de 1986 y 109.2 y 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. En el supuesto debatido en la **STS de 20 de febrero de 2007,** Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2789, se examina en un caso concreto si ese incumplimiento se ha producido, llegando a la conclusión de que no ha existido, por lo que no debe devolverse.

Antes de llegar a esa conclusión en la STS citada primero se examina la configuración de dichas cesiones. Así, en ella se dice que conviene resaltar que esta Sala en reiteradas Sentencias se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de una cesión como la que nos ocupa. La Sentencia de 14 de febrero de 2006, recurso 6866/2002 (RJ 2006/2105) sintetiza los distintos pronunciamientos: en ocasiones se ha dicho que se trata de una donación con carga modal, en otras se la ha calificado como negocio jurídico innominado celebrado entre dos administraciones públicas. En todos los casos se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen a falta de normas específicamente aplicables al Derecho privado "la consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código Civil (según el cual 'la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso') [Sentencia de 28 de abril de 1993 (RJ 1993\2777)], bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica [Sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 322/1997 (RJ 2001\7760)], bien por aplicación del artículo 111 (antiguo artículo 97.2) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales de 1986 [Sentencias de 23 de noviembre de 1992, recurso 4885/1990 (RJ 1992\9210) y 26 de junio de 2003, recurso 9811/1998 (RJ 2003\4416)]".

Del mismo modo hemos dicho en reiteradas Sentencias (por todas la de 26 de junio de 2003 (recurso de casación 9811/1998) que aun cuando, como ocurre en el caso de autos, la cesión se hubiese realizado al amparo del Reglamento de Bienes de 1955 no excluye la aplicación del ulterior de 1986, al que se remite la recurrente, pues la Disposición Transitoria de éste prevé su aplicación a cuantos trámites hayan de efectuarse a partir de su publicación.

F) Aprovechamiento de los bienes comunales. Primacía de la costumbre, se encuentre o no codificada en Ordenanzas, frente a la regulación *ex novo* de los citados aprovechamientos en Ordenanzas

Las Entidades locales pueden aprobar Ordenanzas reguladoras de los aprovechamientos vecinales. No obstante, no tienen plena libertad para regular los disfrutes, sino que tienen que ajustarse a las previsiones contenidas en la legislación de régimen local y, en especial, a la costumbre sobre distribución de aprovechamientos existente en la localidad. Sometimiento a la normativa local y a las costumbres que se aprecia en la **STS de 21 de febrero de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2903, al examinar la validez de una Ordenanza reguladora de los bienes comunales y su adecuación al régimen consuetudinario de la población.

En relación con la prioridad de la costumbre frente a regulaciones *ex novo* de los aprovechamientos contenidas en Ordenanzas en la STS comentada se afirma que en los términos en los que se expresa el artículo 1.2 del Reglamento de Bienes de 1986 podría parecer que queda excluida la costumbre del ordenamiento jurídico administrativo, pero basta examinar la prelación de las fuentes de éste para comprender que la costumbre también está presente en este ordenamiento. Para convencernos de ello basta con acudir al Código Civil cuyo título preliminar referido a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, considera en el artículo 1.1 como fuente del ordenamiento jurídico español la costumbre, y que según el núm. 3 del mismo artículo "sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada". Y esa certeza de la existencia de la costumbre como fuente en el derecho administrativo se pone de relieve en nuestro régimen local en artículos como el 29 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y el 53 del Texto Refundido de 1986, y 111 y 143 y 144 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1986 que referidos al funcionamiento del concejo abierto disponen que ajusta su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y en las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. Pues bien eso mismo ocurre en relación con los bienes comunales y la referencia que en relación con su aprovechamiento y disfrute contiene el artículo 75.2 del Texto Refundido cuando afirma que si este aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto, y que corrobora el núm. 4 al afirmar que "los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales...". Es decir que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también en el artículo 95 del Reglamento de Bienes

cuando afirma que "cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas".

Y sigue diciendo la STS comentada que en cuanto a la Jurisprudencia de esta Sala sobre el valor de la costumbre en esta materia, cita el motivo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989 (RJ 1989\5738), que referida al aprovechamiento comunal de unos montes afirma que "no siendo posible la explotación colectiva ante todo habrá que acudir a dicha fuente (costumbre)". Y continúa sosteniendo que "ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local. Éste es el orden que dibuja el Texto refundido de 1986 –artículo 75.2– y aunque el hoy vigente Reglamento de Bienes en su artículo 95 incluye en primer término las ordenanzas y después las normas consuetudinarias hay que entender como ya se ha dicho que la primacía es la señalada tanto por rango legal del texto refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina".

Dicha primacía de la costumbre es la que se examina en la STS comentada si ha sido respetada por la Ordenanza enjuiciada en el proceso. Costumbre que en el Municipio se encontraba codificada en una Ordenanza de 1949. Ordenanza que con posterioridad se ha modificado, lo que ha sido considerado por los recurrentes contrario a la costumbre existente en la localidad y codificada en el año 1949. Es preciso indicar que el hecho de que las costumbres se encuentren incorporadas a una Ordenanza no implica que las reglas de reparto de los aprovechamientos pierdan el carácter consuetudinario.

Como se indica en la STS comentada, que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a Derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ése el caso de la costumbre que sólo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necesitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren.

Desde otro punto de vista en la STS comentada se indica que la aprobación de la Constitución no justifica cualquier modificación de las costumbres. Así, en la Sentencia citada se afirma que la entrada en vigor de la Constitución no puede justificar sin más el cambio de la Ordenanza en el punto que se debate, salvo que existan razones suficientes para entender que la regulación es manifiestamente contraria a ella al producirse una inconstitucionalidad sobrevenida de la costumbre y sus razones plasmada en la Ordenanza. En el caso debatido se examina si los repartos de aprovechamientos son discriminatorios y son contrarios al artículo 14 de la Constitución. Discriminación que consideró el Ayuntamiento que se producía, por lo que modificó la Ordenanza en este punto, y que sin embargo el TS en la Sentencia comentada entiende que no existía. Al no concurrir esta causa de modificación de la costumbre no está justificado ese cambio en las reglas consuetudinarias de los aprovechamientos.

G) Prerrogativas de las Entidades locales. Procedimiento para la recuperación de oficio de los bienes locales

El procedimiento de recuperación de oficio de los bienes está regulado en el artículo 71 del Reglamento de Bienes de 1986. En dicho artículo 71 se dice que el procedimiento para la recuperación de la posesión se podrá iniciar a través de las formas previstas en el artículo 46 del mismo Reglamento de Bienes. Precepto este último en el que se regula el procedimiento de investigación.

Esta remisión a la regulación del procedimiento de investigación contenida en el artículo 71 del Reglamento de Bienes no significa que sean aplicables todas las prescripciones propias del mencionado procedimiento. Como se indica en la **STS de 30 de enero de 2007,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1358, si bien es cierto que, el artículo 71 citado, refiere que el procedimiento para la recuperación de la posesión podrá iniciarse a través de las formas previstas en el artículo 46, esta referencia al artículo 46, como el propio precepto –artículo 71– expresamente indica, se ha de referir a las formas de iniciación del procedimiento, pero no a que se siga, como el recurrente pretende, el trámite o trámites previstos en los artículos 46 y siguientes para la acción investigadora, entre ellos, caución y publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, y por tanto, como no es exigido que se sigan los trámites previstos para la acción investigadora, y se han cumplido por los trámites previstos para la recuperación de la posesión, acuerdo del Ayuntamiento, pruebas y audiencia al interesado, es procedente declarar que se han cumplido los trámites exigidos y que por tanto que no hubo irregularidades en el procedimiento.

En todo caso, como se señala en la STS comentada, para que sea procedente la recuperación posesoria debe tratarse de una usurpación reciente. Así, en ella se dice que, de un lado, si la perturbación en el uso del camino se produce en mayo de 1999, y el acuerdo final del Ayuntamiento, tras los trámites que le son propios y están acreditados, se produce el 26 de octubre de 2000, es claro que se puede estimar que la perturbación o usurpación en el uso del camino es reciente y, por tanto, la actuación aparece incluida en la situación definida en el artículo 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como de "usurpaciones recientes".

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Comunidades de Regantes: participación en Junta de Explotación del Organismo de cuenca

Se discute en la **STS de 2 de octubre de 2007,** (recurso 9093/2003), cuál ha de ser el número de representantes de la Comunidad de Regantes de Lorca en una Junta de Explotación. En opinión del TS, ha de considerarse correcta la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Segura, por la que se requería a dicha Comunidad de Usuarios para que cesara a los vocales que la representaban, debido a que la citada Comunidad de Regantes contaba con una superficie regable inferior a 3.000 hectáreas, por lo que no le correspondían varios, sino un solo representante como máximo. Ha de interpretarse así qué significado posee el término "superficie" dentro del artículo 41 del RAPA de 1988 sobre asignación de vocales por usos del agua en cada Junta de Explotación. De este modo, sí

que es cierto que la Comunidad señalada cuenta con una superficie de más de 3.000 hectáreas, pero no son regables en su totalidad, y el criterio utilizado por la normativa aplicable en la asignación de representantes es el de los "intereses en el uso del agua" (artículo 30 LA, posterior artículo 32 del TRLA), y no el de la mera propiedad.

B) Deslinde: determinación de la máxima crecida ordinaria

Conforme al artículo 4 del RDPH, se denomina cauce de una corriente continua o discontinua (perteneciente al dominio público hidráulico) al terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias, considerándose como caudal de la máxima crecida ordinaria la medida de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante 10 años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente. La **STS de 11 de septiembre de 2007,** analiza un supuesto en el que se discute cómo debe medirse esa cuantía. Así, partiendo de las normas aplicables en materia de apeo y deslinde que se contienen en el RDPH (artículos 240 y ss.), el TS llega a la conclusión de que como el informe técnico aportado como documento por la empresa recurrente difiere del elaborado por la Confederación Hidrográfica del Tajo, y habiéndose solicitado el recibimiento del proceso a prueba en primera instancia, denegándose de manera incorrecta por el TSJ, han de retrotraerse las actuaciones para que el principio de contradicción que ha de regir en todo juicio quede respetado, ya que en otro caso se incurriría en indefensión.

La empresa alega que el cálculo del caudal de la máxima crecida ordinaria debe realizarse en régimen natural, mientras que el río Alberche se encuentra muy regulado aguas arriba del tramo objeto del expediente, de esta forma se habrían tomado datos erróneos para valorar la cuantía que se discute, lo que le perjudica, pues el deslinde implica la privación de la propiedad privada sin indemnización. De ahí que defienda la celebración de un período de prueba, donde pueda demostrar que el Organismo de cuenca ha determinado una máxima crecida excesiva e irreal.

C) Infracciones y sanciones: utilización de agua para riego sin autorización

La **STS de 2 de octubre de 2007** (recurso 331/2004), anula el procedimiento llevado a cabo para sancionar la utilización de agua para riego de varias hectáreas de terreno dedicadas al cultivo de arroz sin autorización, debido a que en la tramitación efectuada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir se vulneró el artículo 330 del RDPH (modificado por RD 1771/1994, de 5 de agosto). Según resulta de este precepto, el pliego de cargos (dentro de la fase de instrucción) debe contener, entre otros extremos, la valoración de los daños causados y las posibles sanciones, y se ha de notificar al interesado para que proponga las pruebas que estime pertinentes. En este caso, al omitirse la valoración de los daños causados al dominio público hidráulico por la captación abusiva de aguas en dicho documento, se generó indefensión a la empresa sancionada que no pudo proponer las correspondientes pruebas en el momento oportuno, lo que implica la anulación de la Resolución sancionadora en virtud de los artículos 24 de la CE y 62 de la Ley 30/1992.

D) Obras hidráulicas: recrecimiento del embalse de Yesa

En la **STS de 26 de septiembre de 2007** se confirma la decisión del TSJ de Aragón que había decidido paralizar una Resolución autonómica de 23 de septiembre de 2002 de la Dirección General de Patrimonio Cultural que sometía a información pública el cambio de la delimitación física de la ruta y del entorno afectado por el Camino de Santiago en la región. Como reconoce el propio TS, no puede prosperar la alegación del Ayuntamiento de Artieda recurrente acerca de que se trata de un acto de trámite no impugnable de manera inmediata, ya que el nuevo trazado propuesto en dicha Resolución impide la ejecución del proyecto redactado para el recrecimiento del embalse de Yesa, tratándose de una obra de interés general incluida en el Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro y prevista para posibilitar varios usos del agua (abastecimiento, regadíos, laminación de avenidas, producción hidroeléctrica).

Si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley aragonesa de patrimonio cultural de 10 de marzo de 1999, la incoación del expediente conlleva la aplicación inmediata del régimen de protección establecido para los bienes de interés cultural, de modo que sí estábamos ante un acto de trámite cualificado contra el que cabía impugnación directa, pues los perjuicios derivados de la posible paralización de la obra por ese motivo (extensión del Conjunto histórico) podrían ser irreparables, dado que la construcción en ese momento ya había sido comenzada. (Al margen de esta decisión judicial, téngase presente que ante la amenaza de deslizamientos, esta obra hidráulica estaba paralizada hasta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de noviembre de 2007 que ha rechazado el recurso del Ayuntamiento de Artieda.)

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del demanio costero

a) Persigue integrar en el dominio público todas las dependencias que reúnen las condiciones requeridas natural y normativamente aunque no existan en el momento de iniciarse el procedimiento

Es sabido que a través del ejercicio de la potestad de deslinde pretenden encuadrarse en el demanio costero los bienes que *per natura* y, en consecuencia, por determinación normativa, deben formar parte de él por reunir las condiciones físicas al efecto. Condiciones que, además, tienen carácter permanente, sin que queden desvirtuadas por la incorporación de dichos bienes a un proceso urbanizador con el que resultan compatibles (Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas de 1988). Por esa razón, y como recuerda la **STS de 23 de enero de 2007,** Ar. 3310, FFJJ 3º y 4º, es procedente el deslinde que integra en el dominio público marítimo-terrestre dependencias en las que se ubican construcciones inexistentes en el momento del inicio del expediente, puesto que siguen manteniendo las características físicas requeridas.

b) Es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición, obviando comparaciones

Como también se hizo constar en crónicas previas, la inclusión de cualquier bien en el dominio público marítimo-terrestre como consecuencia de un procedimiento de deslinde es independiente del hecho concreto de que bienes contiguos, con características similares, queden a su margen. Lo relevante no es que otros terrenos debieran haber sido incluidos en dicho demanio, sino que los integrados realmente tengan los elementos propios de esa condición. A mayor abundamiento, este hecho no conculca el principio de igualdad consagrado al máximo nivel en el artículo 14 de la Constitución. Por dos razones. La primera, porque dicho principio carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico, que se produciría si se extrajesen del demanio bienes que deben formar parte de él por una presunta apelación al mismo. Y la segunda, porque para que pueda apreciarse la existencia de discriminación es necesario aportar un término de comparación válido y demostrativo de la identidad sustancial de situaciones jurídicas que han recibido trato diferente sin causa objetiva y razonable, lo que no sucede en el supuesto enjuiciado por la **STS de 23 de enero de 2007,** Ar. 3310, FJ 5º, que nuevamente subraya esta interpretación.

c) Procedimiento de deslinde

a') El ejercicio de un nuevo deslinde no supone la revisión de previos actos propios

Los FFJ 3º y 5º de la **STS de 23 de enero de 2007,** Ar. 3310, insisten de nuevo en que la realización de un deslinde posterior que complete o perfeccione uno previo no implica una revisión por parte de la Administración costera de sus propios actos contrarios al ordenamiento jurídico; interpretación esta que obligaría a actuar el procedimiento regulado al efecto en el capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992.

Lo que simplemente se pretende con aquel deslinde subsiguiente es determinar los límites y la extensión del demanio marítimo-terrestre, verificando la concurrencia en los terrenos considerados de las características contempladas en los artículos 3 a 5 de la vigente Ley de Costas, y declarando en caso afirmativo esta realidad. Y sin que, como ya afirmara el TC en su conocida Sentencia de 4 de julio de 1991 sobre dicha Ley, el hecho de que estos preceptos definan las diversas categorías que integran tal demanio en términos diferentes a los contemplados en la legislación anterior –evidentemente más restrictivos para los derechos individuales– abone su inconstitucionalidad, viniendo a confirmar en realidad una decisión sobre estas propiedades ya adoptada por la Constitución misma (*ibidem*).

b') La modificación sustancial del deslinde provisional requiere información pública y audiencia a los colindantes afectados

Es también el FJ 3º de la **STS de 23 de enero de 2007,** Ar. 3310, el que determina que la devolución hecha por la Dirección General de Costas del proyecto de deslinde remitido

por la Demarcación de Costas correspondiente, a los efectos de rectificar el incumplimiento del inciso final del artículo 26.1 del Reglamento de Costas de 1989 –hacer constar en éste la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes–, supone una modificación sustancial de dicho deslinde provisional. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 25 de la misma norma, deberá abrirse un nuevo período de información pública, así como de audiencia a los propietarios colindantes afectados; período que se habilitó en el supuesto enjuiciado, sin que quepa alegar indefensión por parte de los recurrentes.

c') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992

También en esta oportunidad hemos de hacernos eco de la doctrina, ya consolidada, que afirma la imposibilidad de declarar caducado el procedimiento de deslinde de costas en aplicación de los tenores originales de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, hoy modificados. En este orden de cosas, la misma y extensa **STS de 23 de enero de 2007,** Ar. 3310, en su FJ 6º, vuelve a recordar que el plazo de tres meses fijado por aquellos preceptos para concluir los procedimientos mediante resolución expresa sólo operaba en relación con los iniciados a instancia de parte, cabiendo declaración de caducidad de los impulsados de oficio únicamente en los casos en que no fuesen susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. La conjunción de ambas razones determina que las pretensiones de los recurrentes en orden a declarar caducado el deslinde inconcluso en ese plazo sean desestimadas, al argumentar el Tribunal que, por un lado, no se trata de procedimientos iniciados a instancia de parte y que, por otro, son susceptibles al tiempo de producir actos favorables tanto para terceros como para el mismo interés general, impidiendo declaraciones de caducidad automáticas.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: prohibición de edificaciones sólo en la medida en que afecten a zonas de servidumbre de protección y tránsito

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo es habitual en la normativa costera, siendo su finalidad tanto la cumplimentación de necesidades públicas como, sobre todo, su salvaguardia.

Un ejemplo de estas limitaciones fijadas por la vigente Ley de Costas son las prohibiciones de realizar edificaciones destinadas a residencia o habitación en zona de servidumbre de protección –extensiva a una franja de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar–, así como la de acometer obras de construcción que puedan obstaculizar el paso público peatonal y de vehículos de vigilancia y salvamento en zona de servidumbre de tránsito –extensiva a una franja de terreno de 6 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar–. Lógicamente, cualquier construcción que no respete estas restricciones deberá ser paralizada y ordenarse su demolición, así como la reposición de los bienes a su primitivo estado. Pero sólo en la parte en que esté afectada por alguna de aquellas servidumbres, pudiendo mantenerse el resto si técnicamente es separable de la primera. A este supuesto se refiere la **STS de 8 de mayo de 2007,** Ar. 3161, que considera que la denegación para reanudar la edificación libre de

limitaciones, justificada por la Administración en la infracción causante de la suspensión, genera un daño antijurídico a los promotores, determinando claramente un supuesto de responsabilidad patrimonial administrativa.

C) Usos privativos del demanio marítimo: la concesión demanial tiene carácter temporal

El uso privativo del demanio costero requiere la obtención de una concesión administrativa que, entre otras causas, se extingue por el transcurso del plazo de tiempo para el que se otorgó. A esta fecha, el concesionario deberá cesar en dicho uso, desmantelando las instalaciones realizadas sobre el dominio público o, como en el supuesto al que se refiere la **STS de 20 de marzo de 2007,** Ar. 3143, habilitando las instalaciones sustitutorias que garanticen la continuidad del servicio de suministro de hidrocarburos que venía prestando. Y sin que pueda alegar retrasos imprevistos, considerando que desde su otorgamiento era conocedor de la fecha de extinción del título.

5. MINAS: DIVERSAS CUESTIONES

En la **STS de 15 de junio de 2007**, Ar. 4764, se confirma la Sentencia del TSJ de Madrid de 2004, que estimó el recurso interpuesto por varias empresas contra una decisión de la Administración del Estado de 2001, que otorgó a otra empresa una concesión de explotación minera para calizas en León y Orense.

En este caso, se aplicó el artículo 61 de la Ley de Minas, que considera que cuando se concede un permiso de investigación para un determinado mineral, la concesión posterior debe restringirse a este mismo, y no a nuevos recursos. Todo ello, en relación también con los artículos 39, 44, 53, 61 y 63 y siguientes de la mencionada Ley.

Por otra parte, debe mencionarse también la **STS de 15 de junio de 2007**, Ar. 5241, que confirma la Sentencia del TSJ balear de 2004 y confirma las Resoluciones de la Administración autonómica competente en materia de minas, que denegó las solicitudes de declaración de nulidad de la autorización de aprovechamiento de recursos mineros y de nulidad de los planes de labores para la explotación.

En concreto, no cabe la nulidad de la autorización de aprovechamiento porque según los artículos 16 y 115 de la Ley de Minas de 1973 y el artículo 27 de su Reglamento (RD 1857/1978), se trata de una autorización y no de una concesión (artículo 60 Ley de Minas, reservada para recursos de la Sección C), de modo que no es aquí exigible el plano y el acta de demarcación, y tampoco es relevante que en el contrato de cesión de explotación de la actividad no se especificara la superficie afectada, tal y como viene avalado en un informe de 7 de junio de 1996.

6. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado, la **STS de 19 de junio de 2007**, Ar. 5264, revoca la Sentencia del TSJ canario de 2002, que anuló un Decreto autonómico que declaró bien de interés cultural (con categoría de *Sitio Histórico*) el complejo de Chinguaro (en el término de Guimar).

El Tribunal de instancia había declarado la caducidad del procedimiento, por transcurso de los plazos para resolverlo.

Pero el TS estima que es de aplicación el artículo 9 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico, que exige para declarar la caducidad de un procedimiento que hayan transcurrido 20 meses, y posteriormente se denuncie la mora y transcurran tras ello 4 meses, de modo que en el ámbito de aplicación de esta Ley especial no resulta de aplicación la Ley 30/1992 (artículo 43.4), que no exige ahora el requisito de la denuncia de mora para entender transcurridos los plazos de caducidad de los procedimientos.

El mencionado artículo 9 no se encuentra derogado, por tanto, por la Ley 30/1992, de modo que como en el presente caso no se produjo la denuncia de mora, el procedimiento no caducó.

El mismo argumento se sostiene en la **STS de 29 de junio de 2007**, con la diferencia de la desestimación desde un principio del recurso por el Tribunal de instancia (TSJ andaluz, en 2001, en relación con un yacimiento arqueológico en Banaoján, Málaga).

Por último, en la **STS de 18 de junio de 2007,** se confirma la STSJ madrileño de 2001, que estimó el recurso presentado contra una Resolución del Director General de Bellas Artes de 1994, que acordó que varios bienes muebles (varios cuadros) pasaran a propiedad del Estado, en aplicación de los artículos 29.1 y 79.1 de la Ley 16/1985.

En concreto, no ha quedado acreditado que los recurrentes hubieran participado en la exportación de los bienes objeto de este pleito.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales

a) Canon de regulación: competencia para su imposición, procedimiento, imputación de gastos de funcionamiento y reducción por la participación-beneficio del Estado

La **STSJ de Aragón de 22 de junio de 2006** (JUR 2007/104058), trata del canon de regulación del embalse de Oliana para el año 2003, habiéndose presentado recurso por una Comunidad General de Regantes contra su aprobación y posterior liquidación. El recurso, que será estimado en parte, se sustenta en tres motivos.

El primero, no acogido por la Sala, la incompetencia del Órgano administrativo que lo aprobó y haberse prescindido del procedimiento establecido, al no haber tenido participación efectiva en su elaboración –estudio económico– la Junta de Explotación. Dice el tribunal que es el Organismo de Cuenca el que fija los cánones de cada ejercicio, acompañando a su cálculo el correspondiente estudio económico con participación de los órganos representativos de los usuarios y beneficiarios, habiéndose en este caso discutido en la Junta de Explotación de la Cuenca del Segre y sometido a información pública, resolviendo el Organismo de cuenca lo procedente ante la reclamación producida.

El segundo, que también será descartado por el TSJ, la imputación del 10% de los gastos del servicio 2 de explotación y Oficina de Monzón, sin tener en cuenta la entrada en servicio de otro embalse (el de Rialp), al que se imputa también idéntico porcentaje; aminorando, en cambio, el de Canal de Aragón y Cataluña, en base a lo que se afirma "mera manifestación" relativa a que su modernización mediante la implantación de informática rebaja los costes, pudiendo dedicar la misma plantilla a otras funciones como la explotación del embalse de Oliana. El TSJ examina el Reglamento y considera correcta tanto la imputación de los gastos de administración del Organismo gestor a las obras de regulación, como la cuestión relativa a la reducción por el motivo de modernización expresado, sin que tal criterio de adecuación obligatoriamente exija la reducción proporcional a cada obra de regulación, como pretende la demandante.

El tercer motivo, por el cual se estimará parcialmente el recurso, es no haberse descontado la participación-beneficio del Estado en la obra del embalse, cifrada en un 20%, al importe de la partida regulada en el apartado c) de los previstos en el artículo 300 del Reglamento de Dominio Publico Hidráulico (dicho apartado incluye entre las cantidades que han de integrar el canon, el 4% de las inversiones realizadas por el Estado), sino tan sólo a los valores a) y b). Así pues, a la suma correspondiente ha de descontarse el 20% antes de aplicarle el 4% para calcular el importe correspondiente al apartado c).

b) Tarifa por utilización de agua

La **STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2006** (JUR 2007/184144), desestima el recurso planteado por la titular de una piscifactoría contra denegación de suspensión de la ejecución de tarifa por utilización de agua de Riegos del Alto Aragón. La denegación a la recurrente (que se encontraba en pérdidas) obedece a no estimar acreditada la irreparabilidad del perjuicio, añadiendo que el perjuicio irreparable es además un perjuicio genérico que le es ajeno por estar arrendadas las instalaciones a otra entidad a la que sería exigible el pago.

La sentencia analiza la situación económica y financiera de la sociedad demandante en su conjunto, no encontrando razones para modificar el sentido de la denegación.

B) Dominio público local: Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios

En este número se comentan varias sentencias referidas a estas tasas, en la modalidad que se exige en función del 1,5% de sus ingresos territorializados en el municipio.

Comenzamos con la **STS de 16 de julio de 2007** (RJ 4841). El Alto Tribunal estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto en nombre y representación del Ayuntamiento de Reus, contra sentencia, de fecha 9 de febrero de 2006, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona, declarando como doctrina legal que "la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil". Aquel Juzgado había estimado el recurso deducido por "Telefónica Data España, SA", empresa explotadora de servicios de telecomunicaciones. La sentencia rechaza que una Ley posterior y especial que regula el sector de las telecomunicaciones excepcione a estas empresas del pago de la tasa. En suma, todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes, etc., en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que éste afecte a la generalidad o no del vecindario, están sometidas a esta modalidad.

A continuación, dos SSTSJ de Aragón. La primera, relativa al ejercicio 2002, **STSJ de Aragón de 3 de abril de 2006** (JUR 2007/34815), desestima la apelación interpuesta por una compañía suministradora de gas. Aducía la mercantil que el eventual sujeto pasivo sería la titular de la red de distribución, y la que ocupa efectivamente el dominio, y no la apelante que realiza una actividad de comercialización. La Sala desestima la apelación aportando doctrina anterior del mismo Tribunal. El interés general de su actividad se pone de manifiesto en que es suministrador de una industria radicada en el municipio que tiene una enorme importancia en este ámbito. Subsidiariamente, señala la parte apelante que el Ayuntamiento incurre en errores al determinar la base imponible por cuanto de la facturación bruta no se han detraído las tarifas de acceso (los peajes), por los que ya tributan los agentes que ostentan la propiedad de las instalaciones, lo que determinaría una base menor de la tomada como base para la aplicación del 1,5%; sin embargo debe rechazarse dicha alegación en cuanto la normativa aplicable no contempla tal descuento, remitiéndose para la determinación de la base a los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan.

La segunda, **STSJ de Aragón de 27 de noviembre de 2006** (JUR 2007/223499), es estimatoria, pero de la apelación deducida por la Administración municipal contra la sentencia estimatoria de instancia a favor de compañía de gas. El TSJ considera que, en efecto,

esta compañía suministraba "a la totalidad o a una parte importante del vecindario" (la apelante es suministradora de la generalidad de los polígonos industriales existentes en el término municipal de Zaragoza, debiendo añadirse que las facturaciones realizadas en los ejercicios a que se refiere el recurso alcanzaron los 34 y 42 millones de euros, respectivamente).

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2007** (JT 545), considera que debe ser excluido de la base sobre la que aplicar el 1,5% el peaje satisfecho al titular, aun antes de la reforma de 2002.

C) Impuesto sobre Bienes Inmuebles: Dominio público marítimo-terrestre: exención en el régimen vigente antes de 1997

La autoridad portuaria de Vigo había obtenido una sentencia favorable de la Audiencia Nacional en cuanto a la exención en el IBI de bienes del dominio público marítimo-terrestre (el sistema portuario y sus zonas de servicio), siendo una exención no condicionada a la concurrencia de un aprovechamiento público y gratuito antes de 1997. Esto es susceptible de ser aplicado incluso a las parcelas que se destinan a fines industriales o comerciales, por las que la Administración portuaria percibe una cantidad que siempre tiene el carácter de ingreso público. Criterio contrario al de la Administración competente, para la cual en tales casos habría que gravar al concesionario y, mientras no se dispusiera de información de quién fuera éste, a la Autoridad portuaria. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima. Es la **STS de 11 de abril de 2007** (RJ 4103).

El Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina plasmada en varias sentencias, entiende que en aquella redacción legal el aprovechamiento público y gratuito como requisito de la exención sólo se refería a los bienes constituidos por "las demás vías terrestres" que junto con "las carreteras" y "los caminos" componen la red viaria de comunicaciones terrestres, excluyendo de la exención las vías que, por exigir el pago de cualquier contraprestación, no eran de uso público y además gratuito (como es el caso de las autopistas de peaje). En cualquier caso, tampoco le parece razonable que se graven los derechos sobre bienes demaniales antes de que la concesión se otorgue y no antes.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Eloy Colom Piazuelo
Ismael Jiménez Compaired
Beatriz Setuáin Mendía
Antonio Embid Irujo

XIII. MEDIO AMBIENTE

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia Comunitaria. A) Protección de aves y hábitats: Infracción por Italia de las Directivas 79/409/CEE ("Aves") y 92/43/CEE ("Hábitats"). Ampliación de pistas de esquí, obligación de calificar determinadas áreas como Zonas de Especial Protección de las Aves. Consideración de "evaluación adecuada" de los impactos y prueba sobre ellos. B) Organismos modificados genéticamente: las disposiciones nacionales por las que se establece una excepción a una medida de armonización deben estar justificadas por la existencia de novedades científicas y de un problema específico de un Estado miembro. Principios de contradicción y de precaución Directiva 2001/18/CE. C) Productos fitosanitarios. Sustancia activa paraquat y su autorización de comercialización. Anulación de ésta por poner en riesgo la salud humana y animal. Consideración del principio de precaución. 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 al respeto de los bienes. Violación por no autorización al propietario de un terreno para construir en él. Inclusión de la protección del medio ambiente natural y cultural en el concepto de interés general que permite al Estado limitar el uso de los bienes de propiedad privada. B) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Derecho al respeto de los bienes. Negación de permiso de construcción fundada en la protección del derecho a un medio ambiente adecuado. **4. Actividades clasificadas.** A) No es necesaria la licencia de actividades clasificadas para la instalación de antenas de telefonía móvil. B) Será de aplicación la distancia de 2.000 metros al núcleo más próximo de población agrupada prescrita en el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, insalubres y peligrosas de 1961, salvo

que la normativa autonómica la haya sustituido por otra cuya potencialidad protectora sea menor. C) Nulidad de la ordenanza municipal reguladora de las explotaciones ganaderas por no exigir para su emplazamiento la distancia mínima de 2.000 metros a núcleo urbano habitado. D) La negativa a iniciar un procedimiento de declaración de una zona como acústicamente saturada por ruidos vulnera derechos fundamentales de los afectados que lo soliciten. E) Corresponde al Ayuntamiento la eliminación del exceso de ruido permitido en el interior y exterior de un domicilio mediante la ejecución voluntaria o forzosa cuando es producido por actividades molestas e insalubres. F) La anulación de una licencia para la actividad de restaurante por falta de audiencia previa de los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento conlleva la clausura de la actividad hasta la obtención regular de aquélla. **5. Evaluación de impacto ambiental. La división en subfases de un proyecto de ordenación paisajística no elimina la exigencia de valorar la incidencia total del proyecto mediante la evaluación ambiental correspondiente. 6. Espacios naturales protegidos. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por daños causados a cultivos de terrenos colindantes por multitud de aves procedentes del Parque Nacional de Doñana. 7. Aguas continentales.** A) Vertidos: ubicación de industria fabril que emite aguas residuales sin respetar límites de distancia fijados normativamente. **8. Minas: evaluación de impacto ambiental. 9. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas: Impuesto gallego sobre la Contaminación Atmosférica, su constitucionalidad. B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua: Canon de saneamiento de Aragón, su constitucionalidad. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Beneficios fiscales y biocombustibles. b) Utilización de gasóleo bonificado. D) Impuestos sobre el transporte: Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de julio a octubre de 2007 e *id.* en relación a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia núm. 1657 de 2007 y la Constitucional desde la 154/2007, de 18 de junio, hasta la 222/2007, de 8 de octubre.

2. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA[1]

A) Protección de aves y hábitats: Infracción por Italia de las Directivas 79/409/CEE ("Aves") y 92/43/CEE ("Hábitats"). Ampliación de pistas de esquí, obligación de calificar determinadas áreas como Zonas de Especial Protección de las Aves. Consideración de "evaluación adecuada" de los impactos y prueba sobre ellos

Comentamos ahora tres Sentencias del Tribunal de Justicia con el fondo común de referirse a recursos por incumplimientos de la República Italiana de las Directivas mencionadas en el Título.

En la **STJCE de 20 de septiembre de 2007, Sala Cuarta, As. C-304/05**, se conoce del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. Se le reprocha que el 14 de febrero de 2003 se han autorizado por el órgano directivo de un Parque (clasificado también como Zona Especial de Protección de Aves en el sentido de la Directiva 79/409/CEE) la realización de unas obras para ampliación de unas estaciones de esquí (en la zona de Santa Caterina Valvurfa) y que con ello se han violentado las Directivas 70/409/CEE y 92/43/CEE. La autorización se realizó sin que se llevara a cabo un estudio de impacto ambiental recomendado por un estudio general previo a la autorización. Con posterioridad a ésta sí que se realizó el estudio de impacto acordándose posteriormente por el órgano competente la compatibilidad entre la ampliación de la estación de esquí y el medio ambiente. La autorización determinó la tala de unos 2.500 árboles.

El Tribunal recuerda que el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE establece la necesidad de una adecuada evaluación de un plan o proyecto que sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para ella, pueda afectar de forma apreciable a este último. En cuanto a lo que se considere "adecuada" evaluación, el Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual una evaluación será adecuada si a través de ésta las autoridades competentes puede tener la certeza de que un plan o proyecto no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate, ya que, cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de tales efectos, deberán denegar la autorización solicitada (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Waddenzee, apartados 56 y 57) y esa certeza necesaria significa que no exista ninguna duda razonable desde un punto de vista científico, en el bien entendido de que las autoridades deben apoyarse en los mejores conocimientos científicos (Sentencia Waddenzee, apartados 59 y 61). En función de ello, la Sentencia declara que la evaluación no era adecuada pues los mismos estudios realizados antes y después de la autorización señalaban sus propias insuficiencias.

Igualmente se consigna la infracción del artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE pues no se llevó a cabo ningún estudio alternativo y, en todo caso, para poder llevar a cabo las consideraciones de las alternativas hay que comenzar por tener una evaluación adecuada según el artículo 6.3 de la misma Directiva. También se constata la infracción del artículo

(1) A partir de este número cambiamos el tradicional título de esta parte (Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea) por el de Jurisprudencia Comunitaria, dado que se integra el comentario de una interesante sentencia del Tribunal de Primera Instancia y pretendemos que ello continúe siendo así.

6.2 de la misma Directiva que establece la necesidad de tomar medidas para que no se produzcan deterioros significativos, pues la tala de los árboles indicados, la produjo.

Finalmente se examina si se ha producido la violación del artículo 4.1 y 2 de la Directiva 79/402/CEE (aves) que establece la necesidad de tomar medidas especiales de protección sobre las aves. El Tribunal señala que este precepto no está subsumido en la Directiva 92/43/CEE (hábitats) pero que la Comisión demandante no ha demostrado las insuficiencias de la normativa vigente para el Parque, por lo que se rechaza la violación de tal precepto.

En la **STJCE de 20 de septiembre de 2007, Sala Segunda, As. C-388/05**, se conoce también del recurso de incumplimiento formulado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. En este caso nos encontramos con una Zona de Especial Conservación de las Aves (Valloni e steppe pedegarganiche) declarada así el 28 de diciembre de 1998. Una sociedad de protección de las aves ha denunciado que se están realizando o finalizando en ella numerosas obras industriales e inmobiliarias que perjudicaban el hábitat natural y ponían en peligro la conservación de numerosas especies de aves silvestres que moraban en dicha zona o transitaban por ella y la Comisión, finalmente, ha decidido interponer el recurso mencionado. El documento *Important Bird Area* (IBA) clasificaba así a esta zona desde 1989.

Pues bien, el Tribunal de Justicia sostiene que aun antes del 28 de diciembre de 1998, Italia había infringido lo previsto en el artículo 4.4 de la Directiva 79/479/CEE (obligación de tomar medidas adecuadas de protección) pues éstas deben adoptarse antes, incluso, de que una ZEPA haya sido declarada como tal (*vid.* también Sentencia de 18 de marzo de 1999, Comisión/Francia, apartado 38). Indica que el IBA es un elemento que aun sin ser vinculante para los Estados, permite saber en qué medida se han cumplido las obligaciones de protección de lo que se deduce que antes del 28 de diciembre de 1998, se hubiera debido ya de proveer a esta clasificación. Y después de dicho momento se ha infringido el artículo 6.2 de la Directiva 92/43/CEE al no adoptarse las medidas necesarias de protección que han conducido a un deterioro de la zona.

Finalmente, la **STJCE de 4 de octubre de 2007, Sala Cuarta, As. C-179/06**, conoce de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana al haber procedido un municipio y una región italiana (Altamira y la Región Puglia) a la modificación de un Plan de urbanismo para permitir una serie de actividades industriales que podrían tener repercusión significativa sobre una Zona de Protección Especial sin haber procedido previamente a evaluar sus repercusiones, lo que significaría una infracción de lo previsto en el artículo 6.3 Directiva 92/43/CEE (hábitats).

Pues bien el Tribunal, en este caso, va a decidir que la Comisión no ha llevado a cabo una prueba adecuada del peligro que para el lugar representaría la autorización de las actividades industriales y que no puede actuarse según presunciones (apartado 37). Por un lado, previamente a las modificaciones urbanísticas existirían simplemente unos acuer-

dos programáticos del municipio consistentes en proclamar la necesidad de llevar a cabo actuaciones de esta índole y sobre ellas no ha existido la prueba de su afección al lugar. Y en cuanto a las licencias de construcción otorgadas, el Tribunal señala que la Comisión no ha facilitado "unas indicaciones precisas acerca del emplazamiento geográfico y de la amplitud de las construcciones realizadas en relación con el lugar" (apartado 43) por lo que se rechaza la infracción del precepto indicado.

B) Organismos modificados genéticamente: las disposiciones nacionales por las que se establece una excepción a una medida de armonización deben estar justificadas por la existencia de novedades científicas y de un problema específico de un Estado miembro. Principios de contradicción y de precaución Directiva 2001/18/CE

La **STJCE de 13 de septiembre de 2007, Sala Tercera, As. C-439/05 P y C-454/05 P,** resuelve dos recursos de casación interpuestos con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia respectivamente por el Land Oberösterreich y la República de Austria, contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 5 de octubre de 2005. La otra parte en el procedimiento es la Comisión de las Comunidades Europeas.

La cuestión que tiene que resolver el Tribunal comunitario consiste en una interpretación del artículo 95 CE, apartados 4 a 6, introducido por el Tratado de Ámsterdam de 1999. El precepto dispone un procedimiento para que puedan ser de aplicación disposiciones nacionales (apartado 4) o establecerse medidas nacionales (apartado 5) tras la adopción por el Consejo o la Comisión de una medida de armonización. En este último caso se dice que si tras esa intervención de Consejo y Comisión "un Estado miembro estimara necesario establecer nuevas disposiciones nacionales basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización, notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción". El apartado 6, finalmente, indica la tramitación de esta notificación.

Pues bien, la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la directiva 90/220/CE del Consejo, fue adoptada sobre la base del artículo 95 CE. El 13 de marzo de 2003, la República de Austria notificó a la Comisión un proyecto de Ley del Land citado que prohíbe la ingeniería genética, en concreto el cultivo de semillas y de plantas compuestas de OMG o que contengan OMG, así como la cría y liberación de animales transgénicos para fines de caza y pesca. Se quería conseguir la aplicación del artículo 95.5 CE para lo que se acompañaba un informe del sr. Müller. La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria emitió un dictamen el 4 de junio de 2004 a petición de la Comisión, en el que se llegó a la conclusión de que en dicho informe no había novedad científica que justificase la prohibición de OMG en el Land austríaco. Por ello la Comisión adoptó la Decisión 2003/653/CE que denegaba la petición austríaca, decisión que fue la recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia que confirmó el acuerdo de la Comisión. Contra esta Sentencia fue contra la que se interpusieron los recursos de casación que ahora resuelve el Tribunal de Justicia.

Los motivos de la casación son variados. Diremos, en primer lugar, que se imputa a la Comisión (y a la primera sentencia) que no se haya aplicado el principio de contradicción (oír a las partes durante la tramitación administrativa) para la resolución del trámite administrativo previo ante la Comisión. El Tribunal en este caso indica que tal principio no es de aplicación necesaria. No está previsto en el artículo 95.5 CE y lo único necesario es examinar con detenimiento las apreciaciones que hayan hecho las partes en la petición con la que se ha iniciado el trámite.

En segundo lugar, se recuerda que los requisitos de que habla el artículo 95.5 CE (antes transcrito) son acumulativos, deben cumplirse todos. Por ello y, en primer lugar, el Tribunal valida la opinión de la Comisión (basada en el informe de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria) de que no había novedades científicas en el informe Müller. Y, en tercer lugar, también se aprecia que no existía ningún problema "específico" del Land austríaco en relación a la ingeniería genética, pues éste se había limitado a señalar "el pequeño tamaño de las explotaciones agrícolas y la importancia de la agricultura biológica" (apartado 61). Ello no tiene importancia a los ojos del Tribunal, pues no se ha demostrado "que el territorio del Land Oberösterreich tenga ecosistemas excepcionales o únicos que requieran una evaluación de riesgos distinta a las efectuadas respecto a Austria en su conjunto o a otras regiones similares de Europa" (apartado 61).

Como estos requisitos que justificarían el otorgamiento de la excepción según el artículo 95.5 CE no se dan, el Tribunal sostiene que ya no tendría sentido el examen de otros motivos de la casación, como el principio de precaución (apartado 69).

C) Productos fitosanitarios. Sustancia activa paraquat y su autorización de comercialización. Anulación de ésta por poner en riesgo la salud humana y animal. Consideración del principio de precaución

Mediante la **STPI de 11 de julio de 2007, Sala Segunda ampliada, As. T-229/04**, que tiene como demandante al Reino de Suecia, apoyado por el Reino de Dinamarca y las Repúblicas de Austria y Finlandia y como demandada a la Comisión, el Tribunal anula la Directiva 2003/112/CE de la Comisión, de 1 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo, a fin de incluir la sustancia activa paraquat.

El conocimiento del caso requiere saber que la Directiva 91/414/CEE trata de la comercialización de productos fitosanitarios. Se fijan en el texto las condiciones para que los productos puedan comercializarse, entre las que se cuentan que no puedan producir efectos nocivos, ni directa ni indirectamente, sobre la salud humana o animal, aguas subterráneas o efecto inaceptable sobre el medio ambiente (artículo 4). Las sustancias activas que forman los productos fitosanitarios se incluyen en un Anexo I y si se cumplen las condiciones del artículo 4, los productos pueden ser comercializados. El artículo 8 indica la documentación que debe existir para que una sustancia se incluya en dicho Anexo I y el Reglamento (CEE) núm. 3600/92 de la Comisión, de 11 de diciembre de 1992, indica el trámite y documentación que deben aportar los productores de sustancias activas para que se incluyan en el Anexo I.

Pues bien, conforme a este procedimiento, se solicitó de la Comisión por una serie de productores la inclusión del paraquat en el Anexo I, y la Comisión, después de un procedimiento, adoptó tal inclusión mediante la Directiva 2003/112/CE. Los considerados cuarto y quinto de la directiva citada recogen el procedimiento realizado y también los principios y valores a que se sometió la Comisión para concluir en la autorización (apartados 42 y 43). Es contra esta Directiva contra la que recurre Suecia (y los países citados) por entender que presenta esa sustancia riesgos inaceptables para la salud humana y animal. Por resolución del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2004, el asunto fue remitido al Tribunal de Primera Instancia, conforme a la Decisión 2004/407/CE, Euratom del Consejo, de 26 de abril de 2004, por la que se modifican los artículos 51 y 54 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia (apartado 46).

De la Sentencia que comento no vamos a reproducir los numerosos apartados relativos a la comprobación de por qué esta sustancia afecta a la salud humana y animal. Digamos, solamente, que el Tribunal de Primera Instancia utiliza variados informes científicos, que contrapone a los usados por la Comisión, concluyendo en la desautorización de la Directiva por dar más relevancia a los propios informes científicos aportados por los demandantes. De la Sentencia citada nos interesan solamente las palabras destinadas a la aplicación del principio de precaución al que se refiere el artículo 174.2 CE –fundamental en esta Sentencia– que por su potencialidad para la resolución de problemas medioambientales, interesa fundamentalmente al conjunto de estas crónicas sobre jurisprudencia de medio ambiente. Pues bien, a esos efectos transcribimos los apartados 160-162, advirtiendo que la doctrina sobre el valor y consideración del principio de precaución se encuentra en el apartado 161:

> "160. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 91/414 establece que para que una sustancia activa pueda incluirse en el anexo I de esta misma Directiva, debe caber esperar, a la luz de los conocimientos científicos y técnicos del momento, que el uso de los productos fitosanitarios que contengan dicha sustancia activa, resultante de una aplicación con arreglo a las buenas prácticas de protección vegetal, no tenga efectos nocivos para la salud humana, conforme al artículo 4, aparatdo 1, letra b), inciso iv), de la Directiva 91/414.
>
> 161. Interpretar en conjunción con el principio de precaución (cautela en la traducción de la Sentencia), esta disposición implica que, cuando se trata de la salud humana, la existencia de indicios serios que, aun sin disipar la incertidumbre científica, permitan razonablemente dudar de la inocuidad de una sustancia, se opone, en principio, a la inclusión de esta sustancia en el anexo I de la Directiva 91/414. En efecto, el principio de precaución pretende prevenir los riesgos potenciales. En cambio, los riesgos puramente hipotéticos, apoyados en meras hipótesis científicamente no probadas, no pueden ser tomados en consideración (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 2003, S9lvay Pharmaceuticals/Consejo, T-392/02, Rec. P. II-4555, apartado 129).
>
> 162. Para apreciar si se cumplen los requisitos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 91/414 en lo que se refiere a la salud humana, esta misma disposición hace una remisión al artículo 4, apartado 1, letra b), inciso iv), de la Directiva 91/414, que dispone, en esencia, que debe demostrarse que un producto fitosanitario no tiene efectos nocivos, ni directa ni indirectamente, sobre la salud humana ni sobre las aguas subterráneas."

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.

Más allá de la narración de las circunstancias fácticas del supuesto (la situación en Irlanda del lugar donde se desarrollan los hechos a que la Comisión, tras unas denuncias, imputa incumplimiento de la Directiva de aguas subterráneas), importa el tipo de doctrina que sienta el Tribunal sobre una importante directiva que sigue en vigor aun tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/60/CE pues, en los términos de la Disposición Derogatoria de ésta, sólo quedará derogada trece años después de la entrada en vigor de la Directiva citada.

Así el Tribunal va a constatar la violación de Irlanda de lo previsto en el artículo 3.a) (los Estados tomarán medidas para impedir la introducción en las aguas subterráneas de sustancias de la lista I) y en el 3.b) (los Estados tomarán medidas para limitar la introducción en las aguas subterráneas de sustancias de la lista II). El incumplimiento se basa en la técnica adoptada sobre un vertedero cuyas filtraciones llegaban, finalmente, a un río causando un nivel de contaminación; la técnica de las autoridades competentes ha sido la de la dilución y la dispersión del lixiviado, pero existía una alternativa –según el estudio hidrogeológico realizado– que era el sellado de la base del pozo. Ésta, se prueba en el proceso, hubiera sido la técnica pertinente para evitar la contaminación de las aguas.

Por otra parte, el artículo 4.1 de la Directiva dispone, entre otras cosas, que deberá realizarse una investigación previa a las acciones de eliminación o de depósito a fin de eliminar sustancias capaces de provocar un vertido indirecto. El artículo 7 indica sobre esa investigación previa que deberá constar "de un estudio de las condiciones hidrogeológicas de la zona afectada, del eventual poder depurador del suelo y del subsuelo, de los riesgos de contaminación y de alteración de la calidad de las aguas subterráneas por el vertido". Con ello se cuestiona la autorización que para el funcionamiento del vertedero dio una agencia ambiental irlandesa. El Tribunal indica que mediante esa investigación previa se debe "permitir una comprensión completa y detallada del estado del medio receptor de los vertidos" (punto 54 de la Sentencia) y se acredita que no se realizó una investigación previa con esa intensidad (punto 55).

Por otra parte, el artículo 2.a) de la Directiva indica que ésta no se aplicará a "los vertidos de efluentes domésticos que provengan de viviendas aisladas, no conectadas a una red de alcantarillado y situadas fuera de las zonas de protección de captación de agua destinada

al consumo humano". La Sentencia negará que pueda considerarse efluente doméstico al proveniente de un hotel de 200 habitaciones con su fosa séptica y, por tanto, no podía quedar al margen de la directiva (punto 91 de la Sentencia) y ello aunque fuera dispuesto de una autorización, puesto que ésta tampoco se adoptó con la previa investigación de la que habla la directiva (punto 94). Por otra parte, hay que tener un concepto restringido de la expresión "viviendas aisladas" pues en el caso se trata de muchas viviendas, también de establecimientos de *bed and breakfast*, pequeños hoteles, etc., en ningún caso conectados a redes de alcantarillado sino a fosas sépticas, y esta agrupación hace que no puedan considerarse excepcionados de la aplicación de la Directiva (punto 106).

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.

En primer lugar creo que conviene llamar la atención sobre la reiteración de la alta consideración que al Tribunal merece el "Inventory of Important Bird Areas in te European Community" (que en la sentencia y aquí se denomina IBA 2000) que tuvo una primera versión en 1989 que es respecto a la que, hasta ahora, se venían dando los parabienes por parte del Tribunal. Ahora éstos se van a repetir en torno al texto de 2000 con la consiguiente paralela obligación por parte de los Estados de aportar pruebas que permitan desautorizar su contenido. Veamos las palabras del Tribunal:

> "Procede señalar que el IBA 2000 contiene un inventario actualizado de las zonas importantes para la conservación de las aves en Grecia que, a falta de pruebas científicas contrarias, constituye un elemento de referencia que permite apreciar si este Estado miembro ha clasificado como ZEPA territorios suficientes, en número y en superficie, para ofrecer una protección a todas las especies de aves enumeradas en el anexo I de la Directiva 79/409, así como a las especies migratorias no contempladas en dicho anexo" (punto 28 de la Sentencia) (…) "A la luz de todo lo anterior procede declarar que, al no haberse aportado estudios científicos con los que se puedan rebatir los resultados del IBA 2000, este inventario constituye la referencia más actualizada y más precisa para identificar las zonas más adecuadas, en número y en superficie, para la conservación de las aves" (punto 33 de la Sentencia).

Llama la atención también cómo respondiendo a lo establecido en el artículo 4.2 de la Directiva sobre la particular importancia que se debe dar en la clasificación a las zonas húmedas, la Sentencia declara el incumplimiento del Gobierno griego por no haber cla-

sificado como ZEPA algunos humedales de importancia internacional incorporados a la lista del Convenio Ramsar (puntos 39-43 de la Sentencia). La vinculación entre un instrumento de derecho internacional y una obligación de los Estados derivada del derecho comunitario es de suma trascendencia como bien podrá comprenderse.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto de los bienes. Violación por no autorización al propietario de un terreno para construir en él. Inclusión de la protección del medio ambiente natural y cultural en el concepto de interés general que permite al Estado limitar el uso de los bienes de propiedad privada

La **STJCE de 11 de octubre de 2007, As. Polychronakos contra Grecia,** se refiere a una demanda planteada por un ciudadano de ese Estado como consecuencia de la respuesta negativa obtenida de sus autoridades en relación con la construcción de un edificio en un terreno de su propiedad. Esa respuesta responde al hecho de que dicho terreno se encuentra muy cercano a la antigua acrópolis de Esparta, zona muy rica en vestigios arqueológicos que podían resultar dañados a consecuencia de dicha construcción. La Sala Quinta del Consejo de Estado griego fundamenta esa decisión de rechazo a la autorización de construcción del demandante en el artículo 24 de la Constitución de ese Estado que garantiza la protección del medio ambiente natural y cultural.

El demandante alega, entre otras violaciones del Convenio, la vulneración de su derecho al respeto de sus bienes, conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1, puesto que la prohibición de construcción por las autoridades le impide el libre disfrute de sus bienes sin otorgarle a cambio ningún tipo de indemnización por la injerencia sufrida. A eso añade que la falta de justificación de esa injerencia se refuerza por el hecho de que no persigue ningún fin de utilidad pública. Además el demandante señala que la citada prohibición constituye una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio, en la medida en que la calificación de esa zona como "zona A–de protección absoluta" afecta exclusivamente a su propiedad, sin extenderse a los terrenos vecinos.

El Tribunal afirma que la decisión de prohibir al demandante construir en un terreno de su propiedad constituye sin ninguna duda una limitación al libre uso de sus bienes y por tanto representa una injerencia en el disfrute de los derechos que le corresponden en su condición de propietario. Por esa razón afirma que el asunto debe analizarse desde el ángulo del segundo apartado del artículo 1 del Potocolo núm. 1 al Convenio. En ese sentido afirma que esa injerencia objeto del litigio responde a la condición de legalidad puesto que encuentra su fundamento en el artículo 24 de la Constitución de ese Estado, relativo a la protección del medio ambiente.

En opinión del Tribunal la protección del medio ambiente natural y cultural entra dentro del marco del interés general en el sentido con el que se alude a éste en el segundo apartado del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio. El Tribunal recuerda además que

en ámbitos como el medio ambiente respeta la apreciación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido hecha por la autoridades nacionales excepto en el caso de que la medida esté totalmente desprovista de base razonable. A este respecto apunta que en este asunto la medida objeto de litigio ha sido convalidada por el Consejo de Estado griego tras un examen en profundidad de todos los aspectos del problema, por lo que no existe ningún indicio que lleve a pensar que se trata de una medida desproporcionada en relación al objetivo legítimo buscado con ella. Por lo que concluye negando en este caso la violación de la prohibición de discriminación en combinación con el derecho al respeto de los bienes.

B) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Derecho al respeto de los bienes. Negación de permiso de construcción fundada en la protección del derecho a un medio ambiente adecuado

El Tribunal en su **STJCE de 18 de octubre de 2007, As. Odeon Cineplex A.E. contra Grecia**, se pronuncia en relación con la demanda presentada por una sociedad anónima griega contra su Estado por la negativa de éste a concederle autorización para la construcción de un complejo cinematográfico situado en una avenida principal de uno de los más importantes distritos municipales de Atenas. La razón esgrimida por las autoridades para dicha denegación es que la instalación y el funcionamiento de dicho complejo, que consistiría en un inmueble de dos pisos que comprendería ocho salas cinematográficas, así como tiendas y 220 plazas de aparcamiento, crearía inmensos problemas al funcionamiento normal de la ciudad, afectando al medio ambiente natural y privando a los ciudadanos de la calma y la tranquilidad.

Ese argumento, recogido ya en la respuesta de las autoridades municipales a la solicitud de autorización de la empresa, es convalidado por la decisión de la Sala Cuarta del Consejo de Estado, de 8 de febrero de 2005, que rechaza el recurso de la sociedad demandante frente a la decisión anterior refiriéndose a los diferentes problemas que engendraría el citado complejo para la vida de los residentes en la zona, como el ruido, la contaminación o la afluencia de tráfico.

La demanda de Odeon Cineplex A.E. ante el Tribunal de Estrasburgo recoge la posible violación por parte de las autoridades griegas de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal como se señala en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como de su derecho al respeto de sus bienes, consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al citado Convenio.

Respecto de la primera de las alegaciones el Tribunal recuerda que, conforme señala su propia jurisprudencia, el carácter razonable de la duración del procedimiento se aprecia en función de las circunstancias del caso, tomando como criterios de referencia elementos como la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y de las autoridades competentes, así como la trascendencia del litigio para los interesados. De todo ello deduce que, como ya ha señalado en casos similares al que ahora se plantea, el hecho de que la complejidad de este asunto haya dado lugar a la intervención del Consejo de Estado en dos formaciones distintas (de cinco y siete jueces) examinando distintos aspectos de la cuestión no basta para justificar que la duración del procedimiento haya excedido de

cinco años y nueves meses (desde el 15 de abril de 1998 hasta el 8 de febrero de 2005). Por lo que concluye con la existencia de una violación del artículo 6.1 del Convenio.

Respecto del segundo derecho cuya violación alega la sociedad demandante el Tribunal afirma que ésta no posee ningún derecho a construir el citado complejo, por lo que no existe ningún *bien* cuya protección pueda hacerse valer ante él al amparo del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio. Además, respecto del grave perjuicio financiero que la sociedad afirma haber sufrido, el Tribunal recuerda que el procedimiento iniciado por ésta contra las autoridades municipales ante el Tribunal administrativo de Atenas por los daños-intereses sufridos todavía no ha finalizado, debiendo por tanto esperar hasta su conclusión antes de poder plantear una reclamación al respecto ante el Tribunal de Estrasburgo. Por esa razón rechaza la pretensión de la demandante al considerar que todavía no se han agotado los recursos internos, conforme al artículo 35.1 y 4 del Convenio.

Por todo ello el Tribunal considera que, teniendo en cuenta que la única violación del Convenio que se constata es la relativa al derecho de la sociedad demandante a un proceso sin dilaciones indebidas, no existe ninguna relación de causalidad entre esa violación y cualquier daño material sufrido por ella. No obstante, considera que la sociedad sí que ha sufrido un daño moral que no se compensa con la mera constatación de la violación del Convenio, por lo que impone al Estado griego la obligación de pagar a la sociedad demandante la suma de 6.000 euros en un plazo de tres meses a partir de fecha en que la sentencia sea definitiva. A eso añade otros 2.000 euros por los gastos en los que dicha sociedad ha incurrido como consecuencia de su representación ante el propio Tribunal de Estrasburgo, descartando la pretensión de la demandante respecto del incremento de los gastos en los que hubiera incurrido por el incremento de la duración del procedimiento en el plano nacional al no acompañarse esa pretensión del detalle de esos gastos ni de los justificantes necesarios para su cálculo de manera precisa.

4. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) No es necesaria la licencia de actividades clasificadas para la instalación de antenas de telefonía móvil

El TSJ valenciano dictó tres **SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 1 y 9 de febrero de 2007,** RJCA 483, 497 y 510, en las que dos de sus salas se pronuncian, entre otros aspectos, por la no exigencia de licencia de actividades clasificadas para la instalación de las antenas de telefonía móvil siguiendo su criterio anterior y declarando nulo el contenido de las ordenanzas municipales enjuiciadas en cuanto establecen un procedimiento o exigen la obtención de licencia de actividad en materia de telefonía móvil.

La postura del TSJV, como explicita en sus sentencias, no es definitiva y está dispuesto a revisarla conforme avancen los estudios científicos sobre la materia, justificando el cambio de criterio respecto a la Sentencia anterior 441/2003, de 17 de marzo. Además estudia los ámbitos competenciales de los Ayuntamientos al respecto, conduciendo a la

decisión adoptada por el Tribunal la opinión de los expertos (el informe del Comité de Expertos comisionado por la Organización Mundial de la Salud que elaboró en 1998 para la protección del público en general y de los trabajadores contra posibles efectos nocivos de exposiciones agudas a CEM no ionizantes, que dio lugar a la Recomendación correspondiente en 1999 –según se recoge literalmente en el texto de la sentencia– del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea) que le lleva a la conclusión de que "En puridad ningún comité científico ha podido demostrar mínimamente que las antenas de telefonía móvil sean contraproducentes o causen efectos a la salud, por tanto, se debería dejar a las empresas de telecomunicaciones que las instalasen donde tuviesen por conveniente con sólo respetar los monumentos históricos o ciertos conceptos estéticos".

B) Será de aplicación la distancia de 2.000 metros al núcleo más próximo de población agrupada prescrita en el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, insalubres y peligrosas de 1961, salvo que la normativa autonómica la haya sustituido por otra cuya potencialidad protectora sea menor

La Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del TS en su **STS de 27 de junio de 2007**, relativa a la instalación de un centro de tratamiento de residuos urbanos a menos de 2.000 metros de núcleos habitados (JUR 2007/484), declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Navarra de 18 de julio de 2003 y lo estima en parte por considerar que infringe el artículo 4 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (y la Orden de 15 de marzo de 1963 por la que se dictaron normas complementarias para la aplicación de éste), a cuyo tenor "en todo caso, las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada".

Añade la sentencia que, en este caso, se trata de una actividad clasificada y la Ley Foral 16/1989 de control de actividades clasificadas de Navarra no contiene previsiones específicas sobre el emplazamiento de estas actividades.

Pero es que además considera que "la norma de aquel artículo 4 referida a la distancia mínima exigible engarza directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente, en el que las Comunidades Autónomas tienen atribuida la facultad de establecer normas adicionales de protección, con la consecuencia, en lo que ahora importa, de que el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa propia de ésta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor".

C) Nulidad de la ordenanza municipal reguladora de las explotaciones ganaderas por no exigir para su emplazamiento la distancia mínima de 2.000 metros a núcleo urbano habitado

En línea con la sentencia citada en el epígrafe B) anterior, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de marzo** (JUR 2007/484), al resolver una cuestión de ilegalidad va a declarar la nulidad de una ordenanza municipal de explotaciones ganaderas familiares de ganado ovino por no exigir para el emplazamiento de estas actividades la distancia

mínima de 2.000 metros al núcleo más próximo de población agrupada. En cuanto que, conforme al artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961, sólo en casos excepcionales podrá autorizarse, previo informe de la Comisión Provincial, un emplazamiento distinto. Ya que, conforme dice el TS en su Sentencia de 1 de abril de 2004, el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa de ésta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor. Si bien, entiende el TSJ, que si existen circunstancias excepcionales puede estar justificada una distancia menor en núcleos de población esencialmente ganaderos cuando se trata de explotaciones reducidas sin llegar a eliminar la distancia, lo que sucede tanto cuando la distancia se establece en cero metros como en un metro.

D) La negativa a iniciar un procedimiento de declaración de una zona como acústicamente saturada por ruidos vulnera derechos fundamentales de los afectados que lo soliciten

El TS (Sección Séptima) en su **STS de 12 de marzo de 2007** (RJ 2007/2580), declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de octubre de 2002, estimando éste al considerar que la negativa del Ayuntamiento a la tramitación del expediente para la declaración de una zona determinada como zona acústicamente saturada por ruidos vulnera los derechos fundamentales de los recurrentes a la vida privada, la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio.

E) Corresponde al Ayuntamiento la eliminación del exceso de ruido permitido en el interior y exterior de un domicilio mediante la ejecución voluntaria o forzosa cuando es producido por actividades molestas e insalubres

La **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007,** Sala de lo Contencioso Administrativo (RJCA 2007/382), dictada en procedimiento jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, va a desestimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado núm. 5 de Barcelona que había condenado al Ayuntamiento de Espulgues de Llobregat –en lo que a los efectos del comentario de la sentencia nos interesa– a adoptar todas las medidas necesarias para el cese inmediato de la vulneración de derechos fundamentales (artículos 15 y 18.1 y 2 de la Constitución Española) mediante el dictado de los actos administrativos necesarios para obtener mediante ejecución voluntaria o forzosa, en su caso subsidiaria municipal, la eliminación del exceso de ruido permitido en el exterior e interior del domicilio familiar del demandante provocado por la actividad e instalaciones de un bar restaurante.

F) La anulación de una licencia para la actividad de restaurante por falta de audiencia previa de los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento conlleva la clausura de la actividad hasta la obtención regular de aquélla

El razonamiento de la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2007** (JUR 2007/245), para anular la licencia y decretar el cierre de la actividad de restaurante hasta que se obtenga aquélla con arreglo al procedimiento legalmente previsto, se sustenta en

que, por un lado, procede revocar la licencia por falta de audiencia previa a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento de la actividad por ser un requisito ineludible y previo a la concesión de la licencia, y, por otro, en cuanto a la solicitud de cierre de la actividad hay que decretar ésta por cuanto la actividad no puede pervivir en el ordenamiento sin la licencia de actividad que le da cobertura.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. LA DIVISIÓN EN SUBFASES DE UN PROYECTO DE ORDENACIÓN PAISAJÍSTICA NO ELIMINA LA EXIGENCIA DE VALORAR LA INCIDENCIA TOTAL DEL PROYECTO MEDIANTE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL CORRESPONDIENTE

La **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2007,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera (RJCA 2007/458), estima el recurso y anula la resolución aprobatoria del proyecto correspondiente a una subfase de un proyecto de ejecución para la ordenación paisajística de la "Isla del Colegio" de Alcalá de Henares por cuanto, según la normativa ambiental comunitaria, estatal y autonómica, debería haberse sometido éste al procedimiento de Evaluación de impacto ambiental. El TSJ entiende que el proyecto de ordenación paisajística de Isla del Colegio se concibe como un todo orgánico y funcional y el hecho de que se prevea la ordenación por fases no puede motivar la pérdida de la idea común que mueve la ordenación, por lo que la subfase ferial de la que se trata en el recurso está inserta en un concepto que proporciona identidad a la totalidad de la Isla, no estando a efectos medioambientales ante proyectos independientes con repercusión separable sobre el medioambiente. Pues, como considera el Tribunal, el medio ambiente no es trozeable y su afectación vendrá dada por el conjunto de la obra, como por otra parte prevé la Ley autonómica 2/2002, de evaluación ambiental.

6. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑOS CAUSADOS A CULTIVOS DE TERRENOS COLINDANTES POR MULTITUD DE AVES PROCEDENTES DEL PARQUE NACIONAL DE DOÑANA

La **STS de 18 de abril de 2007,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, (RJCA 2007/3684), desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Andalucía de 9 de enero de 2003 que estimó a su vez el RCA interpuesto por varios propietarios de terrenos colindantes con el Parque Nacional de Doñana por supuestos daños causados en dichos terrenos por multitud de aves. Ya que al no tener comida en el Parque por la persistente sequía las aves invadieron las fincas de los reclamantes y mermaron las cosechas, lo que lleva al Tribunal a reconocer el derecho de los propietarios a una indemnización que deberá abonar la Junta de Andalucía.

La sentencia fundamenta sustancialmente el derecho a una indemnización (casi 30 millones de las antiguas pesetas) "a la vista de la doctrina de la Sala, en relación al concepto de 'servicio público' a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo en cuenta que el régimen del Parque Nacional de Doñana, como decía el artículo 1 de

la Ley 1/1978 (RCL 1979, 99), se establece en razón de su interés educativo, cultural, recreativo, turístico y socioeconómico,… debiendo concluirse que existió una deficiente gestión de la Administración competente en 1995 en un aspecto tan relevante desde el punto de vista científico y ambiental, como el relativo al cuidado y alimentación de las aves en el ámbito del Espacio Natural, lo que llevó a éstas a abandonar el mismo en busca de una alimentación que allí no encontraban, pese a que desde años antes era conocida la influencia y efectos de la sequía estival, no tomándose medidas preventivas (como las antes referidas de 1990), o de otro género, y causando de esta forma daños a los propietarios de terrenos próximos, sin aviso, ni consentimiento de éstos, y que por tanto no estaban obligados a soportar".

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Vertidos: ubicación de industria fabril que emite aguas residuales sin respetar límites de distancia fijados normativamente

Como en Sentencias anteriores [véase así la STS de 28 de diciembre de 2005, crónica XIII.6.B) del núm. 34 de esta Revista], en la **STS de 11 de julio de 2007**, Ar. 4779, se recuerda que las instalaciones consideradas como insalubres han de ubicarse como mínimo a 2.000 metros de distancia de cualquier núcleo de población, salvo justificada excepción. Siguiendo así lo dispuesto en los artículos 4 y 15 del Reglamento de actividades clasificadas de 1961, no cabe que el emplazamiento de una industria fabril consistente en este caso en la actividad de tratamiento físico-químico de residuos especiales, calificada como molesta, insalubre y nociva (entre otras causas por producción de gases tóxicos y aguas residuales) incumpla lo dispuesto en dicha normativa, aunque se contenga de ese modo en el PGOU de Elche, siendo anulable esa previsión al no respetar lo dispuesto con carácter general en el ordenamiento jurídico. Tampoco puede servir de argumento para incumplir el régimen de distancia, el motivo de que dicha industria fabril vaya a ubicarse dentro de una Estación Depuradora de Aguas residuales, es decir, por aprovechar una edificación ya construida, por lo que ha de darse la razón a la Asociación vecinal que se oponía al proyecto como hizo el Tribunal de primera instancia.

8. MINAS: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Debe mencionarse en esta Sección la **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 3324, en donde se confirma Sentencia de instancia (del TSJ de Madrid de 2003) y se confirma por tanto la inadmisión del recurso contencioso-administrativo presentado contra una Resolución de 2000 de la Administración autonómica, que denegó la rehabilitación de la declaración de impacto ambiental a una explotación minera de calizas, y le exigió una nueva evaluación de impacto ambiental.

El motivo de ello fue que había transcurrido un tiempo importante desde la declaración de impacto ambiental formulada inicialmente en 1995 sobre la finca (y en todo caso esta declaración había caducado, pues transcurrió más de un año al que hace referencia la normativa vigente en este ámbito, y su rehabilitación se solicitó en 1999 –es decir, tres años más tarde de la caducidad–), y desde entonces han cambiado no sólo las normas sobre la materia, sino también las condiciones del entorno aquí afectado.

Y comoquiera que los recurrentes no han acreditado que concurra ninguna causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, y ni siquiera ningún motivo de anulabilidad del artículo 63, se entiende que la actuación impugnada es conforme a Derecho.

9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas: Impuesto gallego sobre la Contaminación Atmosférica, su constitucionalidad

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia había dictado Sentencia desestimatoria del recurso deducido por Endesa Generación, SA contra el Reglamento de este Impuesto. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. Se trata de la **STS de 13 de marzo de 2007** (RJ 1844). La impugnación del Decreto se efectuaba por motivos que derivaban directamente de hipotéticas infracciones de la Ley reguladora contra preceptos constitucionales, por lo que su eventual estimación hubiera determinado el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Como el Alto Tribunal entiende que no existen tales vicios desestima el recurso.

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 (Impuesto sobre Sociedades) 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 Alto Tribunal considera que tanto el hecho imponible (emisión de sustancias contaminantes) como la materia gravada (la contaminación) son otros.

También se alega vulneración del artículo 31.1 de la Constitución Española por la discriminación que la regulación del Impuesto supone. Entienden los recurrentes que la finalidad extrafiscal del Impuesto queda contradicha con la regulación del impuesto impugnado, que responde a finalidades exclusivamente recaudatorias, con transgresión, además, del principio de igualdad. La clave está en el hecho de que la tarifa comience a partir de la emisión de 1.001 Toneladas/año. La discriminación contraria a la Constitución no se produce al entender del Tribunal, pues ese límite es idóneo en cuanto pretende incentivar las conductas reductoras de la contaminación.

De igual manera se aduce la presunta invasión de las competencias estatales contempladas en el artículo 149.1.25ª de la Constitución, en conexión con lo dispuesto en la legislación del Sector Eléctrico. Reproducimos la contestación que da el Tribunal Supremo, que señala que "tampoco es apreciable la inconstitucionalidad alegada. Y ello porque el impuesto discutido no grava la actividad de producción eléctrica, sino la eventual actividad contaminante de compañías eléctricas, lo que es cosa bien distinta, razonamiento que excluye de raíz el argumento esgrimido; pero en la hipótesis de que se entendiese gravada por este impuesto la 'actividad eléctrica' ello está expresamente autorizado por la Ley del Sector Eléctrico cuando permite '(...) tributos de carácter autonómico dieran lugar a cuotas no uniformes en el territorio nacional se podrá establecer un suplemento territorial (...)' (importe que no se incorpora a la tarifa eléctrica, y, por tanto, no repercutible) lo que es, justamente, el caso. Naturalmente, y de esa posibilidad legalmente reconocida, se deriva una distinta posición de los ciudadanos de cada Comunidad Autónoma, pero que, por lo antes razonado, ni constituye una desigualdad prohibida por la Ley, ni implica una vulneración del principio de territorialidad y de uniformidad que también se invoca".

El Tribunal Supremo, finalmente, rechaza que se haya vulnerado en algún punto la reserva de ley tributaria.

B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua: Canon de saneamiento de Aragón, su constitucionalidad

Las **SSTS de 23 y 30 de octubre de 2006** (JUR 2007\224642 y JUR 2007\224501), desestiman los recursos interpuestos por ambos contribuyentes, usuarios industriales cuyas respectivas actividades son la química y la papelera. Los demandantes utilizan los mismos argumentos empleados en anteriores recursos directos contra el Reglamento de aplicación del canon, que también fueron desestimados por el TSJ de Aragón, encontrándose ahora mismo pendiente de la resolución del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En resumen, se alega la vulneración por la ley que le da cobertura de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, y por lo tanto la inconstitucionalidad de ésta. En concreto, el artículo 6.2 de dicha Ley Orgánica, al que antes nos referíamos. Aducen los recurrentes que se trata del mismo hecho imponible que el ya gravado por el canon de vertidos previsto en la Ley estatal de aguas. Lo que es rechazado por la sala con rotundidad, explicando la diferente naturaleza de las dos figuras, con remisión a su propia doctrina y cita de la de otros tribunales.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) Beneficios fiscales y biocombustibles

La **SAN de 19 de marzo de 2007** (JT 408), desestima el recurso presentado por una empresa de autobuses urbanos que pretendía mezclar biodiésel con gasóleo de automoción en las instalaciones de dicha empresa para su uso en la flota (proyecto ecobus), con aplicación de los beneficios fiscales previstos en el artículo 51 de la Ley de los Impuestos

Especiales. Como es sabido, el biodiésel está exento de fiscalidad hasta 2012, el gasóleo tiene la tributación que le corresponde … y lo mismo sucederá con la mezcla de ambos. La autorización para transformar fuera de fábrica los productos, mezclándolos, estaba condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. En particular, que pudieran beneficiarse de exenciones, lo que no sucedía pues, a su vez, quedaba condicionada al desarrollo de actividades o proyectos piloto, concepto de lectura estricta que no correspondía en este caso.

b) Utilización de gasóleo bonificado

El TEAC dicta **RTEAC de 14 de febrero de 2006** (JT 2007, 603), por la que estima el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio interpuesto por el Director del Departamento competente de la Agencia Tributaria contra cierta resolución de un Tribunal Regional.

Explica el Tribunal Central que "la posibilidad de utilizar gasóleo bonificado como carburante en artefactos terrestres queda delimitada por su configuración objetiva y/o por la falta de autorización para circular por vías o terrenos públicos, sin que sea relevante, salvo para los tractores y la maquinaria agrícola autorizados para circular por vías públicas, la actividad en que el artefacto se emplee". Por lo que "los vehículos ordinarios (camiones, autobuses, turismos, etc.) cuyas características y configuración objetiva los hacen susceptibles de ser autorizados para circular por vías y terrenos públicos como vehículos distintos de los vehículos especiales, no podrán utilizar, en ningún caso, gasóleo con aplicación del tipo establecido en el epígrafe 1.4 de la tarifa 1ª del impuesto, ni siquiera en el caso de que no estuvieran matriculados".

D) Impuestos sobre el transporte: Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte

La **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2006** (JT 2007, 557), rechaza la exención del impuesto solicitada por una empresa de alquiler de vehículos, cuando, sin previa utilización, los exporta. En efecto, la exención se aplica a los vehículos matriculados para afectarlos al ejercicio de esta actividad de alquiler, pero es necesario la afección a dicha actividad.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Javier Domper Ferrando
Ismael Jiménez Compaired
Sergio Salinas Alcega
Beatriz Setuáin Mendía
Antonio Embid Irujo

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Comercio. 3. Energía. A) Eléctrica. a) Competencias sobre ordenación de la distribución y transporte. b) Primas para el fomento de energías renovables. c) Primas al consumo de carbón autóctono. B) Gas: Cambio desde el mercado liberalizado al mercado regulado. **4. Fomento.** A) Denegación. B) Reintegro. a) Incumplimiento de la condición de mantener los puestos de trabajo durante toda la vigencia de la concesión. b) Posición del avalista. c) No procede el reintegro por un simple defecto formal de acreditación del cumplimiento de las obligaciones. C) Reducción. **5. Ganadería. Naturaleza jurídica de las tasas en el sector de la leche. 6. Telecomunicaciones.** A) Televisión. Títulos habilitantes. B) Televisión. Infraestructuras. C) Televisión. Publicidad. D) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. **7. Transportes terrestres. Itinerario alternativo. Denegación.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los *Cuadernos Aranzadi* 7 a 15 de 2007.

2. COMERCIO

Denegada por la administración la licencia comercial para un gran establecimiento, el Tribunal Superior de Justicia anuló la Orden desestimatoria pero a su vez desestimó la pretensión del recurrente de que le fuera concedida.

Recurrida la sentencia de primera instancia por lo que se refiere a esta segunda cuestión, el Tribunal Supremo, en su **STS de 21 de febrero de 2007,** Ar. 2491, entró a conocer de

las razones que llevaron a denegar la licencia y que justifican a su juicio que no pueda otorgarse dicha licencia, por lo que confirma la sentencia recurrida en el extremo de confirmar la validez de la resolución denegatoria de la licencia.

El conflicto casacional así planteado quedó de hecho centrado en el valor del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia dentro de los expedientes de licencia comercial.

Los recurrentes alegaron que existía un informe del citado Tribunal favorable a la concesión de la licencia, razón por la cual ésta les debió ser concedida.

Para el Tribunal, si bien es cierto que existía dicho informe, no menos cierto es que éste es preceptivo pero no vinculante, limitándose además a examinar los efectos que la apertura del centro comercial pudiera suponer sobre la libre concurrencia. Por ello estima ajustada a derecho la resolución denegatoria que se basó en el informe del Consejo Castellano-Leonés de Comercio en el que, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, se afirma que la actual dotación comercial de la zona está garantizada a medio plazo en calidad, variedad, servicios, precios y horarios, al tiempo que la implantación de la gran superficie produciría efectos negativos sobre el pequeño comerciante ya implantado en su zona de influencia.

3. ENERGÍA

A) Eléctrica

a) Competencias sobre ordenación de la distribución y transporte

La **STS de 25 de abril de 2007** (RJ 2007/2331), desestima el recurso de casación que "Iberdrola, SA" interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a su vez había desestimado el recurso que la propia entidad había presentado contra las resoluciones de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, y del Ministro de Economía, por las que se declaraba la obligación de "Iberdrola, SA" de contratar el acceso a su red de "Hidrocantábrico, SA", en nombre de "Ferroli España, SA", para el suministro de energía a determinadas instalaciones de esta última empresa.

La compañía recurrente en casación se fundamenta en dos motivos. Por una parte, alega la falta de competencia territorial de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, con infracción de los artículos 149.1.22 de la Constitución; 3.3.c) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y 14.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía. Por otra parte, la entidad recurrente sostiene la falta de competencia por razón de la materia de los órganos administrativos intervinientes, así como de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con infracción del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto al primero de los dos motivos citados, la entidad recurrente defiende que la competencia para resolver el conflicto entre "Iberdrola, SA", e "Hidrocantábrico, SA", sobre el suministro de energía, corresponde a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la medida en que se refiere a instalaciones radicadas exclusivamente en el territorio de la citada Comunidad Autónoma.

"Iberdrola, SA" añade que "Hidrocantábrico, SA" solicitó acceso a la red de la primera para satisfacer la demanda de energía eléctrica de la empresa Ferroli. Señala que la denegación de dicha solicitud no es una denegación de acceso a la red, porque en ningún caso negó el suministro de energía eléctrica a dicha empresa, en virtud de un contrato previo directo entre Iberdrola y Ferroli de adquisición de la misma en el mercado liberalizado.

El Tribunal de instancia había desestimado la interpretación de la entidad actora, puesto que la legislación aplicable evidenciaba la competencia de carácter estatal para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse en relación con dicha ordenación de la distribución y transporte, entre los que se encontraba el relativo al acceso a las redes de distribución, aquí planteado.

En particular, el artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico establecía que "en aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con la aplicación de contratos de acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico". Lo mismo preveía el artículo 8 de la citada Ley, interpretado conjuntamente con el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, también mencionado.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia. Constata que Iberdrola quizás no denegó el acceso a la red a Ferroli, pero sí a Hidrocantábrico. El Tribunal prosigue indicando que es esta última empresa distribuidora la que solicitó el acceso, y que era indiferente la finalidad última del acceso solicitado, ya que "(en) el contexto de un mercado progresivamente liberalizado, la fluidez de su funcionamiento mismo requiere que el acceso esté garantizado en todo momento". Sólo habría una única causa de denegación, que es la prevista en el propio artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico, esto es, la falta de capacidad del gestor de la red de distribución al que se le ha solicitado el acceso para proporcionarlo, y esta causa no se produjo en el caso concreto.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo concluye que se está ante un conflicto derivado de la aplicación de los contratos de acceso a la red, y éstos corresponden a la Comisión Nacional de Energía, de conformidad con el artículo 8 de la Ley del Sector Eléctrico, y los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento de la Comisión. En particular, los artículos 15 y 16 conservan la atribución a la Comisión de la competencia cuando se trate de la formalización del derecho de acceso, y de conflictos que tengan por objeto "la efectividad o las condiciones de ejercicio del derecho de acceso".

Para el Tribunal Supremo, esta conclusión no vulnera las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma afectada, puesto que la Ley del Sector Eléctrico tiene carácter básí-

co y puede reservar a la Administración General del Estado la resolución de determinados conflictos.

En cuanto al segundo motivo de casación, "Iberdrola, SA" insiste en que no se trata de un supuesto de denegación de acceso a la red. Reitera que existía ya un contrato privado entre particulares, entre Iberdrola y Ferroli, y que, al amparo del mismo, Ferroli ha contado en todo momento con el acceso a la red necesario para obtener la energía eléctrica que precisaba. Considera, finalmente, que la validez y eficacia de dicho contrato, realizado al amparo de los principios de libertad de contratación y elección de suministrador, reconocidos por la legislación sobre el sector eléctrico, corresponde a la jurisdicción civil.

El Tribunal Supremo considera que la relación previa entre Iberdrola y Ferroli es indiferente para la resolución del presente recurso, puesto que en todo caso se produjo una negativa injustificada para que "Hidrocantábrico" pudiera acceder a la red. Y ello es así, incluso aunque el arbitraje entre Ferroli e Iberdrola otorgase la razón a esta última, sin perjuicio de las consecuencias pertinentes por un posible incumplimiento del contrato por la contraparte.

b) Primas para el fomento de energías renovables

La **STS de 20 de marzo de 2007** (RJ 2007/3286), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2005.

Las entidades recurrentes son titulares de instalaciones generadoras de energía térmica y eléctrica del Grupo D.2, acogidas al Real Decreto 2818/1998, e impugnan la indebida aplicación de la fórmula que, para calcular la prima, se estableció en el Real Decreto 2351/2004. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador.

Para la resolución de este recurso, que se desestima, el Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8824), por la que se resolvió el recurso interpuesto contra el mencionado Real Decreto 2351/2004, y que igualmente fue desestimado.

El Alto Tribunal empieza por recordar que la fijación de las primas está sujeta a unas determinadas pautas normativas, según las cuales se tendrán en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria y la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.

Pero sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo añade que el Consejo de Ministros, respetando las citadas pautas normativas, puede introducir variaciones cuantitativas en las fórmulas mediante las que se actualizan periódicamente las primas o el cálculo de éstas.

En la sentencia se destaca que "los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un 'derecho inmodificable' a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas". Estos incentivos, "como todos los de este género, no tienen asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro".

En este sentido, se indica por el Tribunal Supremo que no cabe oponer simplemente el valor de la "seguridad jurídica" a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Ciertamente, las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas, pero también es cierto que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos.

La misma consideración efectúa el Tribunal respecto al principio de confianza legítima: del mismo modo que en función de factores de política económica de muy diverso signo las primas e incentivos para la producción de energía eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen. Si se mantienen las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la prima ascienda o descienda no constituye motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios.

El Tribunal Supremo concluye señalando que las empresas, que libremente decidieron implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabían de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, y por lo tanto son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades.

Finalmente, el Tribunal no comparte las alegaciones generales que las entidades recurrentes imputan en la demanda respecto a la supuesta "arbitrariedad" de las modificaciones introducidas por el Real Decreto impugnado, pues si bien su preámbulo podría haber dado una motivación más completa, lo cierto es que en el procedimiento de elaboración de la norma constan los diversos informes de cuyo contenido puede deducirse cuál era la finalidad y el sentido de las modificaciones introducidas por el nuevo régimen.

c) Primas al consumo de carbón autóctono

La **STS de 23 de mayo de 2007** (RJ 2007/3377), resuelve el recurso de casación presentado contra la Sentencia de 24 de mayo de 2004, de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contra la Orden del Ministerio de Economía de 25 de abril de 2001, que establece la prima al consumo de carbón autóctono para el año 2000.

En la resolución del presente recurso, el Tribunal se remite a su Sentencia de 19 de enero de 2005. El Alto Tribunal recuerda que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, establece que "El Gobierno podrá establecer los incentivos necesarios para conseguir que los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica consuman carbón autóctono en cantidades que cubran las fijadas anualmente como objetivo por el Ministerio de Industria y Energía".

Lo cierto es que las partes están conformes en que el establecimiento de este género de incentivos corresponde, no a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sino al titular de la potestad reglamentaria del Estado. Así pues, el debate se centra en si su fijación compete al Gobierno (tesis de la recurrente), o bien al Ministro de Industria y Energía (tesis de la Orden, avalada por la Sala de instancia).

El Tribunal Supremo destaca que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 54/1997 distingue cuidadosamente entre la función del Gobierno (establecer los incentivos necesarios para conseguir que los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica consuman carbón autóctono) y la del Ministerio de Industria y Energía (fijar anualmente las cantidades precisas de carbón que se señalan como objetivo de consumo por las centrales eléctricas).

Ciertamente, prosigue el Tribunal Supremo, la autorización para establecer incentivos a favor del carbón autóctono, que la Ley atribuye al Gobierno no equivale, por sí sola, a la obligación de incentivar, y en ello lleva razón la Sala de instancia. Pero si el Gobierno decide establecerlos, ha de ser él mismo quien los fije, concluye el Tribunal Supremo. Por lo tanto, el Consejo de Ministros no puede "subhabilitar" a uno de los departamentos ministeriales el ejercicio, para el futuro, de una competencia singular que la Ley atribuye directa y específicamente al propio Gobierno.

En otro orden de consideraciones, el Tribunal Supremo resuelve la incógnita planteada por la interpretación que hace la recurrente del régimen de ayudas cuestionado, en el sentido que la prima debe alcanzar a toda la "producción efectiva", esto es, a todo el carbón autóctono consumido en un ejercicio, concretamente en 1999, al margen del año en que se hubiera adquirido.

El Tribunal rechaza esta pretensión, y confirma en este extremo a la sentencia de instancia: la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, no obliga sino a que el Ministro de Industria y Energía fije anualmente como "objetivo" unas determinadas cantidades de producción máxima beneficiaria de la ayuda, y para tal determinación, goza de una cierta discrecionalidad en función de las circunstancias concurrentes.

Precisamente, la Orden impugnada refleja en su preámbulo los factores que hacían aconsejable limitar en 1999 las producciones máximas con derecho al incentivo, tales como la menor hidraulicidad en 1999, la realización de las contrataciones entre empresas eléc-

tricas y mineras de los suministros, y sobre todo, la disminución del precio del carbón internacional respecto a la situación de principios de 1998.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que la correcta interpretación de la Orden impugnada es la siguiente: no que todo el carbón consumido en un determinado año tenga necesariamente que ser incentivado, sino que, cuando las centrales de generación efectivamente consuman carbón autóctono y sólo por la cuantía equivalente al consumo de este carbón, podrán acceder al incentivo. Debe precisarse, como hace la sentencia, que esta adquisición de carbón, para gozar del correspondiente incentivo, se ha de mantener dentro de las cantidades máximas que respecto de cada año fije el Ministerio de Industria y Energía.

B) Gas: Cambio desde el mercado liberalizado al mercado regulado

El Tribunal Supremo, en su **STS de 28 de marzo de 2007** (RJ 2007/1550), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos. En particular, se recurre el régimen jurídico aplicable al cambio de los consumidores de gas desde el mercado liberalizado al mercado regulado.

Para la resolución de este recurso, el Tribunal se remite a dos de sus sentencias anteriores, ambas de 6 de febrero de 2007, y por las que se desestimaron los recursos contencioso-administrativos núms. 101/2005 (RJ 2007/612) y 103/2005, interpuestos contra el mismo Real Decreto 942/2005.

La sentencia, tras recordar la evolución normativa del suministro de gas, desde la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de los Hidrocarburos, hasta la norma ahora impugnada, constata que pueden aparecer significativos desplazamientos de grandes cantidades de gas natural desde el mercado liberalizado al mercado de tarifa, puesto que se flexibilizan los procedimientos para el cambio de suministrador. Por ello, se hace necesario establecer mecanismos de garantía para evitar que esos desplazamientos perjudiquen la liberalización del mercado del gas natural.

En este sentido, la norma impugnada establece, entre otras cuestiones, que "Los consumidores cuyo consumo anual de gas natural sea igual o superior a 100 millones de kWh sólo podrán solicitar el cambio del mercado liberalizado al mercado regulado transcurrido un período mínimo de permanencia en el mercado liberalizado de tres años (…) Lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará igualmente a la tramitación por los distribuidores de toda solicitud de consumidores con consumo anual igual o superior a 100 millones de kWh, a los que no se hubiera iniciado el suministro efectivo en el mercado regulado, ni tampoco notificado una respuesta favorable a su solicitud en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto".

Una vez realizado este planteamiento previo, el Tribunal Supremo responde a las alegaciones de la sociedad recurrente:

a) En primer lugar, se objeta que el Real Decreto 942/2005 incurre en una irregularidad formal, consistente en que el informe acerca de su necesidad y oportunidad fue confeccionado después del emitido por la Comisión Nacional de la Energía y, sobre todo, después de haber sido sometido el proyecto de disposición a la audiencia de las entidades representativas de los intereses del sector.

El Tribunal desestima esta pretensión porque en el procedimiento de elaboración de la norma se siguieron los trámites esenciales establecidos en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En concreto, el Tribunal destaca que no ha habido ningún obstáculo para que la Comisión Nacional de la Energía pudiera efectuar una valoración plenaria de la reforma proyectada, y para que en particular planteara algunas dudas sobre la redacción originaria de la Disposición Adicional Primera enjuiciada. Tampoco se deduce, según el Tribunal, que se haya menoscabado ni defraudado el derecho de audiencia de las entidades interesadas, puesto que consta que las asociaciones y organizaciones empresariales participantes conocían el significado de la nueva propuesta normativa.

b) En segundo lugar, la impugnación se refiere a la supuesta falta de motivación del Real Decreto 942/2005, puesto que su preámbulo publicado no contiene referencias singulares a la "moratoria" de tres años. El Tribunal no estima esta objeción, puesto que la Memoria justificativa del proyecto de Real Decreto contiene, bajo la rúbrica "cambio de un consumidor del mercado regulado al liberalizado", la finalidad de la Disposición Adicional Primera en cuestión. Además, el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado evidencia cuál es la cobertura legal del citado proyecto, y cómo se produjo controversia entre los interesados y también entre las Comunidades Autónomas sobre el sistema previsto. Ello permite concluir al Tribunal que no se ha producido falta de transparencia en la reforma reglamentaria.

c) En tercer lugar, la entidad recurrente impugna lo que considera una "deslegalización" operada por el Real Decreto-Ley 5/2005. El Tribunal considera que esta alegación no es más que una crítica a la forma de legislar, más que auténticas imputaciones de nulidad a la norma resultante. Al amparo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 332/2005, de 15 de diciembre, que resolvió un caso similar, en relación con las ITV, el Tribunal Supremo concluye que el Real Decreto-Ley 5/2005 está habilitado para regular una materia que anteriormente lo era por reglamento, puesto que en nuestro ordenamiento no hay una reserva reglamentaria. El Tribunal no constata ningún impedimento para que el citado Real Decreto-Ley remita al reglamento para establecer los casos y las condiciones en los que los consumidores que hayan ejercido el derecho a suministrarse de un comercializador autorizado puedan optar por seguir adquiriendo el gas en el mercado liberalizado o adquirirlo al distribuidor a tarifas.

d) En cuarto lugar, la parte actora plantea que el contenido de la Disposición Adicional Primera tiene eficacia retroactiva, lo que no estaría permitido, atendido el carácter reglamentario de la disposición impugnada. El Tribunal Supremo también rechaza esta alega-

ción: es cierto que la disposición impugnada alcanza a los consumidores cuyo derecho al cambio no se había consolidado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto impugnado, bien por no haberse iniciado el suministro efectivo, o bien porque no se les notificó una respuesta favorable a su solicitud; pero se trata de una retroactividad mínima que el ordenamiento jurídico autoriza, en cuanto no afecta a derechos adquiridos, sino a meras expectativas, al margen de las responsabilidades *inter privatos* que pudieran existir en los casos de dilaciones inadecuadas en la iniciación del suministro o en la notificación.

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza igualmente la pretensión indemnizatoria de la entidad recurrente, puesto que tenía como presupuesto la falta de validez del Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, lo que no es el caso. Además, la vía utilizada (una impugnación abstracta de un reglamento, que persigue depurar el ordenamiento jurídico), no es la adecuada para resolver cuestiones concretas de responsabilidad. En fin, la supuesta indemnización derivaría de circunstancias que atañen a la relación entre la entidad recurrente y la empresa "Gas Natural SDG, SA", y no de la norma impugnada.

La misma doctrina jurisprudencial se contiene en la **STS** también **de 28 de marzo de 2007** (RJ 2007/2304).

4. FOMENTO

A) Denegación

La orden por la que se denegó la concesión de una determinada ayuda, solicitada al amparo de la Ley 50/1985, fue recurrida en primera instancia ante la Audiencia Nacional, la cual anuló la citada orden. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo la confirmó mediante la **STS de 20 de febrero de 2007,** Ar. 1761.

La orden denegatoria impugnada, que constituye el objeto de los recursos, fue anulada por falta de motivación suficiente, no obstante existir informes favorables a su concesión.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de febrero de 2007confirma la sentencia impugnada y lleva a cabo una serie de consideraciones de interés sobre el control de la discrecionalidad administrativa en materia subvencionadora y sobre el alcance de la potestad jurisdiccional al revisar la decisión administrativa. De particular interés son las consideraciones relativas al alcance de la potestad jurisdiccional cuando se acuerda anular la denegación de la subvención, planteándose si puede el poder judicial dictar a su vez una sentencia de condena obligando a la administración a conceder lo solicitado.

El Tribunal, con expresa referencia a su doctrina contenida en la Sentencia de 5 de marzo de 2005, Ar. 1999, afirma que sí es posible dictar una sentencia de condena cuando previamente se hubieran establecido las condiciones generales y particulares a que quedara

supeditada la concesión de la ayuda y se hubiera acreditado por el solicitante al que el Tribunal otorga la subvención el cumplimiento de dichas condiciones.

B) Reintegro

a) Incumplimiento de la condición de mantener los puestos de trabajo durante toda la vigencia de la concesión

La **STS de 21 de marzo de 2007,** Ar.2311, se ocupa una vez más de la problemática relativa a enjuiciar la validez de la orden de reintegro de la ayuda concedida cuando la administración estima que no se han cumplido las condiciones impuestas. En este caso son dos las cuestiones que se examinan. Por un lado, si los hechos aducidos por la administración para ordenar el reintegro se han producido o no. Y en segundo lugar, si el reintegro debió ser total o parcial, ya que a juicio de la entidad recurrente la destrucción de puestos de trabajo fue mínima.

En relación a esta cuestión el Tribunal afirma que en los casos en que el incumplimiento tiene como resultado la destrucción de empleo se debe entender en todo caso que el incumplimiento es total, y por ello procede ordenar el reintegro de la totalidad de lo percibido.

Sobre esta misma temática, la **STS de 30 de mayo de 2007,** Ar. 3375, reiterando su propia doctrina contenida en la sentencia de 31 de marzo de 2003, Ar. 3263, afirma que procede ordenar el reintegro cuando no se cumple con la obligación de crear puestos de trabajo, sin que se puedan tener en consideración a estos efectos los contratos temporales de obra o de servicio determinado o los contratos temporales.

b) Posición del avalista

En la **STS de 3 de mayo de 2007,** Ar. 3290, se aborda la cuestión relativa a cuál debe ser la posición del avalista en el supuesto en que se lleve a cabo el reintegro de una subvención por él avalada. Para el Tribunal el avalista debe ser parte en el expediente de reintegro, y en concreto dice "Pues bien, en lo que respecta a materia subvencional, única sobre la que debemos pronunciarnos en el presente asunto, el referido precepto ha de ser interpretado en el sentido propuesto por el actor, lo que nos lleva a estimar este primer motivo de casación. En efecto, hemos de tener en cuenta que en la jurisprudencia de esta Sala antes mencionada se atribuía al avalista la capacidad para ser parte en el expediente de reintegro de la subvención, por lo que no resultaría compatible con dicha jurisprudencia que se le negase luego la legitimación para impugnar la liquidación resultante de dicho procedimiento de reintegro. En este sentido y en lo que respecta al artículo 18.3 del Reglamento General de Recaudación, es preciso entender que si el pago mediante el que se ha hecho efectivo el reintegro de una subvención puede ser calificado como un ingreso indebido (por aducirse que la deuda liquidada estaba prescrita, por ejemplo, como sucede en el caso de autos), el avalista tercero pagador puede impugnar las resoluciones administra-

tivas encaminadas a tal reintegro, entendiéndose que la devolución de dicho ingreso es un derecho derivado del acto del pago. En consecuencia, quien ha efectuado dicho pago, como es el caso del recurrente, está legitimado para impugnar las liquidaciones de la deuda derivada de la obligación de reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma".

c) No procede el reintegro por un simple defecto formal de acreditación del cumplimiento de las obligaciones

La **STS de 6 de junio de 2007,** Ar. 3370, partiendo de una completa exposición de su doctrina general sobre la exigencia del cumplimiento de los requisitos exigidos en los acuerdos subvencionales, concluye que cuando se produce un defecto formal, como lo es la acreditación de la realización del 25% de las inversiones aprobadas, no procede acordar el reintegro de lo concedido si se demuestra que dichas inversiones sí se han llevado a efecto.

Frente a la postura de la administración, que reclama la necesidad de sujetarse a las exigencias normativas, entre las que se incluyen los requisitos formales, el Tribunal concluye que los defectos formales advertidos en el caso concreto enjuiciado no pueden conllevar el reintegro de lo otorgado, pues ello supondría una decisión desproporcionada. Alude también el Tribunal al artículo 37.2 de la Ley de subvenciones según el cual cuando el cumplimiento por los beneficiarios "se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos" pueden no deducirse las consecuencias rigurosas de pérdida de la subvención.

C) Reducción

Impugnada la orden por la que se acordó la reducción de la cantidad inicialmente concedida, el Tribunal Supremo, en la **STS de 23 de mayo de 2007,** Ar. 3319, anuló dicha orden.

La sentencia del Tribunal Supremo afirma, en primer lugar, que ciertamente se concedió más de lo permitido sin que existiera una situación excepcional que justificara esta concesión de cantidad por encima de lo querido por la norma. No obstante, acuerda la nulidad de la orden que dispuso reducir lo inicialmente otorgado por una razón formal. Para el Tribunal la administración debió proceder a la revisión de oficio de lo inicialmente concedido, sin que pudiera establecer la rebaja de la subvención mediante un acto de signo contrario al inicialmente formalizado.

5. GANADERÍA. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TASAS EN EL SECTOR DE LA LECHE

La **STS de 28 de marzo de 2007** (RJ 2007/3362), resuelve el recurso de casación promovido contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de noviembre de 2001, que

se pronunció respecto a las actuaciones recaídas en relación con la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, en materia de Tasa suplementaria en el sector de la leche y productos lácteos.

El Tribunal Supremo, que reproduce la sentencia cuestionada, examina con carácter preferente dos cuestiones: en primer lugar, la naturaleza jurídica de esta tasa suplementaria y, en segundo lugar, si hay normativa en el ordenamiento interno español que regule la citada tasa.

Antes de resolver estas dos cuestiones principales, el Tribunal Supremo recuerda que la tasa suplementaria en cuestión será liquidada al final de cada período de doce meses, que termina el día 31 de marzo de cada año, a los compradores, agrupaciones de productores y productores de venta directa, en función de las cantidades de leche y productos lácteos que cada productor haya entregado por encima de su cantidad de referencia anual, durante dicho período.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tasa suplementaria, la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004 (RJ 2004/3200), señaló que no encaja en el concepto genérico previsto en los artículos 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Régimen Jurídico de Tasas y Precios Públicos, y 20 de la Ley 39/1988, de Haciendas Locales. En realidad, tal tasa suplementaria corresponde a la categoría de las exacciones parafiscales, de carácter regulador para la producción agrícola, ganadera o industrial de la Unión Europea. Resulta, pues, de aplicación la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 8/1989, que permite el establecimiento de tales exacciones reguladoras por medio de Real Decreto, lo que salvaguarda la correcta aplicación del principio de legalidad.

El Tribunal Supremo recuerda, asimismo, su Sentencia de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7254), que, tras insistir en que la tasa láctea tiene la consideración de exacción parafiscal, disipó cualquier clase de duda que pudiera existir acerca del carácter sancionador de la tasa suplementaria. En este sentido, indicó que esencialmente no se está en presencia de una sanción, porque tanto las Normas Comunitarias que la regulan, como las nacionales no configuran la producción de leche por encima de la cuota asignada como una infracción.

La nota esencial de toda infracción, prosigue el Alto Tribunal, es la antijuricidad de la conducta sancionada. Esa nota no concurre en la tasa cuestionada, puesto que producir por encima de la tasa asignada no es una conducta "ilícita", sino una conducta "gravada". Para el Tribunal, el hecho de que el tipo de tasa alcance el 115% del valor del precio de la leche no modifica los razonamientos precedentes.

Por otro lado, el Tribunal Supremo se remite al Reglamento (CEE) 3950/92, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 28 de diciembre de 1992, que contiene el establecimiento de la exacción, su cuantía y el sujeto pasivo, y concluye que la doctrina del efecto directo del derecho comunitario en nuestro ordenamiento interno impide que pueda hablarse de ausencia de norma interna que regule la exacción. La norma comunitaria,

que es un reglamento, excluye que pueda argumentarse con la inexistencia de norma que da cobertura a la exacción, y más cuando esa norma comunitaria regula los elementos esenciales de ésta.

En un orden de consideraciones secundario, el Tribunal Supremo considera que la liquidación se practicó cumpliendo totalmente el procedimiento legalmente establecido para la producción de los actos administrativos de esta naturaleza. En particular, no ha habido indefensión para los interesados, puesto que la liquidación se practicó sobre la base de la declaración formulada por ellos mismos, y teniendo en cuenta las vicisitudes afectantes a las cuotas individuales, que también fueron declaradas por los propios interesados, o resultaban de sus entregas. En definitiva, los hechos eran perfectamente conocidos por los interesados.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que no se observa infracción por falta de motivación, ni infracción del artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La **STS de 28 de abril de 2007** (RJ 2007/2086), resuelve y desestima el recurso interpuesto contra el Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula la tasa láctea. La demanda considera que este régimen interno contradice y modifica sustancialmente lo dispuesto por la normativa comunitaria en materia del mercado de la leche y la tasa láctea.

En la respuesta que el Tribunal Supremo realiza al recurso, empieza por destacar que la tasa láctea no es otra cosa que la exteriorización de uno de los elementos esenciales del funcionamiento ideal de un sistema de derechos de producción. Es connatural en él que se fije un máximo de producción para todos y cada uno de los países de la Unión, y resulta un elemento esencial de tal sistema que se determine el gravamen que ha de recaer sobre quienes exceden o vulneren las producciones y condiciones de producción y comercialización establecidas.

Por ello, prosigue el Alto Tribunal, desde su implantación por el Reglamento (CEE) 856/1984, la tasa láctea se ha configurado como un mecanismo encaminado a lograr el equilibrio en el sector lácteo, reduciendo los desajustes entre la oferta y la demanda, y gravando con la tasa el exceso de determinados niveles de comercialización fijados para cada Estado, y entre sus productores. Definida la tasa láctea en estos términos, el Tribunal Supremo concluye que el Real Decreto impugnado respeta el ordenamiento de la Unión Europea.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tasa, una vez más el Tribunal declara que se trata de una exacción parafiscal (Sentencia de 28 de abril de 2004).

En lo que se refiere a la característica de ingreso en los presupuestos europeos, el reglamento impugnado señala que la tasa láctea constituye un ingreso al presupuesto comu-

nitario en la parte que corresponde al rebasamento de la cantidad de referencia nacional asignada a España a lo largo de un período determinado. Para el Tribunal Supremo, no se está estableciendo que sea parte integrante del presupuesto comunitario, pues sólo alude a que constituye un ingreso al presupuesto comunitario.

De acuerdo con la normativa interna española, y muy en particular, de conformidad con el artículo 82 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se autoriza al Ministerio de Economía a llevar a cabo las operaciones de tesorería que exijan las relaciones financieras con la Unión Europea. La conclusión del Tribunal es que el Real Decreto impugnado, en los extremos cuestionados, no contradice la normativa comunitaria.

6. TELECOMUNICACIONES

A) Televisión. Títulos habilitantes

La **STS de 21 de marzo de 2007** (RJ 2007/2310), resuelve el recurso de casación interpuesto por Auna Telecomunicaciones, SA frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2004, sobre el mantenimiento de determinadas resoluciones administrativas relativas a la transformación parcial del título habilitante como operador de telecomunicaciones por cable en las Islas Canarias como consecuencia de la aplicación de la, hoy ya derogada, Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

La Sala empieza recordando, en aras al principio de seguridad jurídica y unidad de doctrina, la jurisprudencia y la doctrina sentada en supuestos análogos, algunos de ellos analizados ya en esta *Revista*. Así, desde esta perspectiva, desestima, en primer lugar, la denunciada incongruencia omisiva de la Sentencia de la Audiencia Nacional, puesto que, de su lectura, se deduce con absoluta claridad que se habían rechazado todas las pretensiones, aunque no se refiriese de manera expresa y exacta a todos los argumentos y alegaciones de las partes.

En segundo lugar, en relación al mantenimiento de las garantías y obligaciones derivadas del servicio público, el Tribunal entiende que éstas seguían encontrando suficiente respaldo normativo como para considerarse acertadas. Señalando que, en el caso que pudieran suponer un cierto desequilibrio con las impuestas a los nuevos titulares de licencias, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones disponía de medios suficiente para subsanarlos.

Finalmente, en lo que se refiere a la supuesta obligación de la Administración de indemnizar el desequilibrio contractual provocado por el mantenimiento de la obligación de cobertura, la Sala acude al pliego de bases del servicio, expresamente aceptado en su día por la recurrente, en la que se fijaba literalmente la exclusión de responsabilidad derivada de la alteración de las condiciones de prestación que se derivasen de disposiciones legales

o de normativa. Alteración que, obviamente, también comprendía las introducidas por la citada Ley 11/1998, de 24 de abril.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 (RJ 1840/2007), resuelve el recurso de casación frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declaró parcialmente nulo el Decreto catalán núm. 15/2003, de 8 de enero, por el que se regula el régimen jurídico transitorio de las televisiones locales por ondas terrestres. El principal motivo de recurso era el relativo al alcance de las competencias normativas de la Generalidad de Cataluña sobre televisión local por ondas terrestres, argumentándose por la Administración catalana que correspondía a ésta el otorgamiento de las concesiones para la explotación del servicio, condicionado a la previa reserva provisional de frecuencias por parte de la Administración estatal.

No obstante, la Sala no estima dicha interpretación, sino que confirmando la Sentencia de instancia afirma que la regulación contenida en el Decreto impugnado, en especial la exigencia de nueva autorización autonómica sin la cual se privaba del derecho de emisión, alteraba, sin justificación, el título habilitante que la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres, otorgaba a determinadas emisoras para la prestación de la actividad televisiva, vulnerando, por lo tanto, el régimen legal establecido en dicha norma.

De la declaración de nulidad anterior parte, precisamente, la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 (RJ 2007/1841), que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por determinadas sociedades mercantiles frente al Real Decreto 946/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión al Plan técnico nacional de televisión privada y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, que aprueba las bases rectoras del concurso mediante el cual éste debe adjudicarse.

El debate en este proceso se centra en tres cuestiones básicas: en primer lugar, la situación jurídica de algunas emisoras que no contaban con un título administrativo habilitante específico que les permitiera, en concreto, utilizar una determinada frecuencia, sino que prestaban sus servicios de difusión de televisión amparadas en una supuesta habilitación general transitoria contenida en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres. Este régimen provisional –afirma el Tribunal– si bien les permitía mantener sus actividades de operadores, no suponía la automática asignación de una frecuencia radioeléctrica específica, si no que, como es el caso, el Gobierno podía, en atención a las exigencias de gestión del espacio radioeléctrico, incorporar un nuevo canal analógico de ámbito nacional y asignarlo mediante concurso a aquella entidad que resultase más adecuada.

En segundo lugar, y respecto de determinadas entidades que sí que gozaban de una habilitación específica otorgada por la respectiva Comunidad Autónoma, la Sala entiende que se trataba también de concesiones de carácter provisional hasta se desarrollasen las previsiones normativas de la citada Ley 41/1995. Sin que pudiesen ampararse tampoco

en un supuesto procedimiento autonómico de nueva adjudicación de licencias llevada a cabo por la Generalidad de Cataluña, el cual había sido declarado nulo en la Sentencia que analizábamos anteriormente. Así, se afirma que las competencias estatales para la ordenación del espacio radioeléctrico deben prevalecer, en todo caso, sobre los títulos administrativos provisionales existentes cuando éstos se refieren a televisiones locales y aquellas competencias se ejercen respecto de televisiones de ámbito nacional. Preferencia que se despliega en un doble sentido, pues puede afectar a las atribuciones de frecuencias ya efectuadas, implicando una reasignación de éstas; o bien, alterando las asignadas de un modo meramente provisional. Situación esta que no vulnera la seguridad jurídica en cuanto los afectados saben que sus títulos son transitorios.

En este sentido, se considera que el hecho de que se haya asignado a un nuevo canal nacional, de carácter preferente, algunas de las frecuencias de emisión que venían siendo utilizadas por determinadas entidades de televisión local no implica arbitariedad alguna, en cuanto su objetivo era garantizar la debida cobertura del nuevo canal nacional. Asimismo, se alude a la posibilidad de ejercer la "garantía temporal de emisión" por aquellos que reúnan las condiciones legales exigibles, que permitiría a determinados operadores de televisión local continuar sus emisiones utilizando algunos canales libres hasta que se culmine el proceso de implantación definitiva de la televisión local por ondas terrestres.

B) Televisión. Infraestructuras

El régimen jurídico de la instalación de infraestructuras de radiocomunicación establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo han sido objeto de examen por el Tribunal Supremo en diversas sentencias recientes.

En primer lugar, la **STS de 3 de abril de 2007** (RJ 2007/1987), resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Retevisión Móvil, SA, frente la Sentencia núm. 945/2003 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que se pronunciaba sobre determinados preceptos del Decreto castellano-leonés núm. 267/2001, de 29 de noviembre, relativo a la instalación de Infraestructuras y Administración Territorial de Radiocomunicación. En este caso, para dar respuesta a las peticiones formuladas en el recurso, la Sala construye un principio general de colaboración entre la Administración territorial y los operadores de telecomunicaciones, señalando que en las relaciones entre ambos debe existir una cierta flexibilidad, que haga posible el respeto a sus mutuos derechos y potestades, rigiéndose por el principio de proporcionalidad. Ello significa que "los operadores de telecomunicaciones no pueden desconocer las potestades que tiene atribuidas otras administraciones territoriales, ni que éstas, con base en sus competencias, obstaculicen la implantación de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio".

Desde esta perspectiva inicial, el Tribunal Supremo pasa a examinar seguidamente si la regulación contenida en el citado Decreto de la Comunidad Autónoma de Castilla y León

núm. 267/2001, de 29 de noviembre, invade las competencias estatales en materia de telecomunicaciones. En primer lugar, la Sala entiende que el mero hecho que el contenido de un Real Decreto se transcriba en una norma autonómica, en este caso el Decreto impugnado, no determina su nulidad. Es más, la incorporación de una norma técnica estatal en la autonómica es legítima si con ello el titular de la potestad reglamentaria de la comunidad autónoma trata de ofrecer una visión general de las exigencias reglamentarias sobre la materia, entrelazando las disposiciones sobre las que tiene competencia propia con aquellas otras en las que meramente asume, por venir atribuidas a la competencia del Estado, los preceptos estatales. De modo que desestima la alegación formulada por la recurrente.

Y a la misma conclusión llega respecto a los restantes motivos de impugnación, puesto que el Tribunal constata que no se produce ninguna perturbación desproporcionada entre la norma autonómica impugnada, que responde al ejercicio de competencias urbanísticas y medioambientales comprendidas en su ámbito de atribuciones propio, y la competencia exclusiva del Estado.

Seguidamente, la **STS de 3 de abril de 2007** (RJ 2007/1988), resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra el mismo Decreto autonómico, si bien en este supuesto el objeto del proceso se centra en las obligaciones documentales necesarias para obtener las correspondientes autorizaciones para la instalación de infraestructuras de telecomunicación, el contenido de las cuales había sido declarado parcialmente conforme a derecho por la Sala de instancia.

En este caso, recuperando las consideraciones expuestas anteriormente, el Tribunal Supremo entiende que si la administración autonómica ha de proceder a autorizar la actividad de las instalaciones objeto de recurso, mediante el otorgamiento de la correspondiente licencia (cuestión esta no impugnada por la representación estatal), parece lógico que deba hacerlo sobre una solicitud acompañada de los documentos que le permitan examinar las características propias de dicha instalación. De modo que la obligación de aportar determinados documentos, muy especialmente el proyecto técnico, no supone una nueva discusión del expediente autorizatorio, de competencia estatal, sino una mera "verificación que los equipos que se van a instalar gozan de la referida conformidad".

Concluyendo, por tanto, que ello no supone desconocer las competencias estatales ni que las administraciones autonómicas revisen o controlen los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones otorgados por la Administración General del Estado, sino que simplemente se trata de confrontar que concurren lo requisitos precisos para expedir la licencia de actividad.

Y estos mismos argumentos se reproducen también, y respecto al mismo ámbito material, en la **STS,** de misma fecha que las anteriores, **3 de abril de 2007** (RJ 2007/1989) que resuelve el recurso planteado en relación con el Decreto riojano 40/2002, de 31 de julio, por el que se regula la ordenación de instalaciones de radiocomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Sin embargo, en este último caso, la Sala estima parcialmente el recurso presentado por la Administración del Estado en relación a los preceptos autonómicos que imponían el uso compartido de instalaciones en suelo no urbanizable, considerándolos contrarios a las normas estatales vigentes en aquel momento, que reservaba a la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones la imposición de dicha compartición. Sin que en la normativa anterior a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ni en la posterior a dicha Ley, correspondiera a administraciones distintas a la Administración General del Estado la imposición unilateral de la compartición de infraestructuras.

C) Televisión. Publicidad

La **STS de 3 de mayo de 2007** resuelve el recurso de casación interpuesto por Antena 3 de Televisión, SA contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2004, por la que se confirmaba una sanción en materia de publicidad en televisión interpuesta por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. En ella, la Sala, partiendo de la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, realiza una interpretación del concepto de "anuncio publicitario", entendiendo que es omnicomprensivo de todas la formas de publicidad, a excepción de aquellas expresamente excluidas como la promoción de la propia programación, el patrocinio televisivo y la televenta.

D) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El derecho de acceso de un operador del mercado de las telecomunicaciones, Xfera Móviles, al Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructura de Red suscrito en el año 1998 entre las entidades Airtel Móvil, SA y Retevisión Móvil, SA fue objeto de la **STS de 23 de mayo de 2007** (RJ 2007/3311).

Junto con cuestiones de carácter procedimental, el principal motivo de casación se fundamentaba en la consideración que el citado acuerdo no se encontraba integrado en ningún expediente de procedimiento administrativo finalizado, tal como exige el artículo 37.1 de la Ley 30/1992 para que los ciudadanos puedan acceder a los documentos que lo integran.

Sin embargo, la Sala desestima esta argumentación, considerando que el sentido que quiere darse al término expediente, en el mencionado artículo 37, no supone la existencia de un procedimiento contradictorio con los trámites generales de información pública y emisión de dictámenes e informes, sino cualquier tipo de procedimiento "que puede ser tan simple como lo es la existencia de un previo requerimiento y su cumplimiento, de tal forma que el acto inicial se agota por la realización por parte del requerido de la conducta que se le impone".

Asimismo, partiéndose de la consideración que en el propio Acuerdo de 1998 se señalaba que su posibilidad a terceros interesados no era susceptible de revelar la estrategia comercial o industrial de las entidades suscribientes, se rechaza también la alegación de que Xfera carecía de un interés legítimo para hacer uso del derecho de acceso, puesto que,

tal y como declaró la Sala de instancia, era uno de los cuatro titulares de licencias para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación.

En la **STS de 14 de febrero de 2007** (RJ 2007/2175), se analiza el alcance de las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en especial para interpretar las normas jurídicas e innovar el ordenamiento jurídico en el marco de los grupos cerrados de usuarios de telefonía.

En este caso, la Sala concluye que la Comisión, al reclamar la subsanación de incumplimientos de las condiciones establecidas en la Orden de 22 de septiembre de 1998, no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones de velar por el cumplimiento de las condiciones impuestas a los titulares de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de salvaguarda de la libre competencia entre los operadores, al no haberse irrogado facultades interpretativas exorbitantes de las disposiciones normativas ni innovar unilateral o arbitrariamente el marco jurídico regulador de dicho servicio. La Comisión –se afirma– se limitó a concretar el régimen de obligaciones contenido en la mencionada Orden sin que este marco obligacional suponga una carga desproporcionada al tener como objetivo legítimo evitar utilizaciones abusivas o fraudulentas que pudiesen lesionar los principios de transparencia, objetividad y no discriminación.

Concluyéndose, finalmente, que no se lesiona el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima por el hecho que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, atendiendo a las denuncias formuladas por otros operadores, adopte aquellas medidas que se revelen necesarias para exigir el cumplimiento estricto de las condiciones que se estimen ajustadas con la legalidad vigente.

Por último, las competencias de la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones en relación a la correcta formación de los precios de interconexión en los servicios de telefonía es objeto de examen en la **STS de 29 de mayo de 2007** (RJ 2007/3313).

Sin embargo, en este caso, el principal motivo de alegación versa sobre el régimen jurídico de la caducidad del procedimiento administrativo. Así, partiendo de la incidencia que para el interés general tiene una Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la que extemporáneamente se establecían los precios máximos de interconexión en la red de un determinado operador de telefonía, así como el hecho que la dilación en dictar dicha Resolución no era debida a la inacción de la Administración sino a las dificultades propias de un procedimiento de esta clase, la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo considera prevalente la aplicación a este supuesto del régimen jurídico previsto en al artículo 44.1 de la Ley 30/1992, produciéndose por tanto el efecto del silencio administrativo negativo y no la caducidad alegada.

En este sentido, se afirma que el procedimiento examinado en la Sentencia encontraba amparo en los dos supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley 30/1992, pues si bien, de un lado, la orientación a costes de los precios de interconexión realizada por

la Comisión perjudicaba a la entidad recurrente, de otro, beneficia a los operadores no dominantes.

7. TRANSPORTES TERRESTRES. ITINERARIO ALTERNATIVO. DENEGACIÓN

La Administración balear desestimó la solicitud de implantación de un itinerario alternativo dentro de la concesión inicial. En concreto se rechazó la intención de la empresa concesionaria de implantar un itinerario alternativo al concesional inicial entre Capdellá y Palma de Mallorca, en un tramo concreto, a través de la autopista PM-1.

Recurrida dicha decisión, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares rechazó el recurso y confirmó la validez de la resolución impugnada. Dicha sentencia fue impugnada en casación, dando lugar a la **STS de 23 de mayo de 2007,** Ar. 3321, sentencia que desestimó el recurso casacional confirmando así la sentencia de primera instancia y el acto inicialmente impugnado.

De los diversos argumentos alegados por la entidad recurrente, el que puede calificarse como argumento central, era el consistente en sostener que el acto impugnado había vulnerado lo dispuesto en el artículo 78.4 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Para la recurrente el caso enjuiciado debía resolverse aplicando el artículo 78.4 del citado reglamento, precepto en el que se establece que "la sustitución total o parcial del itinerario, consistente en la simple utilización de infraestructuras distintas, siendo idénticos los tráficos del anterior y del nuevo itinerario, no tendrá la consideración de modificación de los tráficos concesionales y bastará comunicarla con una antelación mínima de treinta días a la Administración, que podrá prohibirla o establecer límites concretos a la misma cuando en función de los nuevos tiempos de recorrido u otras circunstancias concretas se produzcan modificaciones sustanciales que afecten cualitativamente al servicio y no resulten procedentes". Consecuentemente, según la parte actora, para proceder al cambio de itinerario bastaba con la comunicación, sin que la administración pudiera oponerse a dicho cambio.

Frente a los argumentos de la recurrente el Tribunal Supremo sostiene que "no puede admitirse esta argumentación y el motivo ha de ser desestimado. En efecto, como se establece de forma expresa en el referido artículo 78.4 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, si bien la alteración del itinerario concesional como consecuencia de la utilización de infraestructuras distintas se presenta, en principio, como una comunicación a la Administración, también es claro que el precepto atribuye a la Administración concedente la posibilidad de rechazar dicha modificación en determinados supuestos. Pues bien, la Administración autonómica se ha apoyado en esta posibilidad para denegar el itinerario solicitado, lo que resulta conforme a derecho". A lo que añade más adelante: "Así las cosas, es claro que la Administración podía actuar

como lo hizo, denegando el cambio propuesto por las razones que expresó en su resolución denegatoria de 18 de abril de 2001, luego confirmada en reposición, que se pueden resumir en que el nuevo itinerario venía a incrementar considerablemente el número de expediciones, lo que tenía por objeto suplir la pérdida por caducidad de otra concesión entre Palma y Palmanova, alterando sustancialmente el objeto esencial de la concesión IB.27, constituido por el servicio de transporte entre Capdellá y Palma. Asimismo, en la Resolución de 19 de julio posterior, denegatoria del recurso de reposición, se añadía la innecesariedad del itinerario propuesto por insuficiencia de demanda, detectada en los estudios llevados a cabo por los servicios de inspección de la Dirección General de Obras Públicas y Transportes del Gobierno autonómico".

Al rechazarse el motivo central de oposición a la validez del acto impugnado el Tribunal Supremo rechaza también que el acto impugnado incurriera en desviación de poder. Para el Tribunal el acuerdo denegatorio del cambio de itinerario estaba basado en una motivación razonable y legítima, por lo que la administración había hecho un uso correcto de la potestad administrativa en materia de ordenación de los transportes terrestres por carretera.

Alfredo Galán Galán
Josep Mollevi I Bortolo
Joaquín Tornos Mas
Marc Vilalta Reixach

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) ¿Para atender eficazmente a los intereses de los consumidores es indispensable que el organismo privado de control de la agricultura ecológica disponga de un establecimiento en el territorio del Estado miembro en el que desea ejercer su actividad de control? **2. Deporte.** A) En la ejecución de sentencia en el caso Obradoiro las condiciones para ingresar en la ACB en la temporada 2008-2009 son las exigidas para su ascenso en la temporada 1990-1991. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Discrecionalidad técnica y control de las Comisiones de acceso a la función pública universitaria. **4. Extranjeros.** A) Legalidad del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería. B) Permiso de residencia y trabajo. C) Denegación de entrada y expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. E) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Incumplimiento del principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado concesiones para la gestión de apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación. **6. Sanidad.** A) Requisitos de los medicamentos. B) Intimidad y análisis clínicos. C) Consentimiento informado.

1. CONSUMO

A) ¿Para atender eficazmente a los intereses de los consumidores es indispensable que el organismo privado de control de la agricultura ecológica disponga de un establecimiento en el territorio del Estado miembro en el que desea ejercer su actividad de control?

Las **SSTJCE de 29 de noviembre de 2007, C-393/05 y C-404/05,** resuelven dos asuntos idénticos, en los que la Comisión requiere previamente a las autoridades de Austria y la República Federal de Alemania que supriman la obligación de disponer de un centro de actividad económica o infraestructura permanente en su territorio como requisito para llevar actividades de control de la agricultura ecológica. Los Estados defienden la tesis de que, para atender eficazmente a los intereses de los consumidores y de la competencia, es absolutamente indispensable que el organismo privado disponga de un establecimiento en el territorio del Estado miembro en el que desea ejercer su actividad de control.

Al respecto, el Tribunal de Justicia entiende que en el supuesto de que los Estados miembros hayan optado por un sistema en el que el control de los productos de la agricultura ecológica quede a cargo de organismos privados autorizados, el Reglamento núm. 2092/1991 determina el procedimiento y las condiciones de autorización de tales organismos, las modalidades de control que estos últimos deben aplicar, así como el procedimiento de supervisión al que quedan sujetos en el Estado miembro de autorización. Sin embargo, dicho Reglamento no contiene disposición alguna acerca de la prestación de servicios de control por los organismos privados en un Estado miembro distinto del de autorización. Y si bien es cierto que, en un sector que no haya sido objeto de armonización completa a nivel comunitario, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para definir los requisitos de acceso a las actividades del citado sector, no es menos cierto que están obligados a ejercer sus competencias respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

En el presente caso, se plantea la cuestión de la conformidad con el artículo 49 CE del requisito de que se disponga de un establecimiento en el territorio del propio Estado, que impone la legislación austríaca o alemana a los organismos privados que ya cuentan con una autorización y, por lo tanto, con un establecimiento en otro Estado miembro. Al efecto, es jurisprudencia reiterada que deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad. Por lo tanto, el requisito de que se disponga de un establecimiento, que prevé la normativa estatal, es contrario a la libre prestación de servicios, en la medida en que hace imposible la prestación de los servicios de que se trata por organismos privados establecidos únicamente en otros Estados miembros. En consecuencia, procede comprobar si la disposición controvertida puede hallarse justificada por las excepciones establecidas en el Tratado o por razones imperativas de interés general.

Se alega, con carácter principal, que la actividad de los organismos privados está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público a efectos del artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero, y, con carácter subsidiario, que la disposición controvertida se halla justificada por el objetivo de la protección de los consumidores. Por lo que atañe a la argumentación principal, debe recordarse que el artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero, por cuanto supone una excepción a la regla fundamental de la libre prestación de servicios, debe interpretarse de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que permite a los Estados miembros proteger. De esta forma, según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dichos artículos debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público, lo que excluye que se consideren relacionadas con el ejercicio del poder público a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final. En tal sentido, la actividad de los organismos privados no consiste únicamente en efectuar controles de conformidad de los productos de la agricultura ecológica, sino que incluye asimismo el ejercicio de prerrogativas en lo relativo a las consecuencias

que deben extraerse de tales controles. No obstante, los organismos privados ejercen su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente, que es, en última instancia, responsable de los controles y de las resoluciones que incumben a dichos organismos, tal como ponen de manifiesto las obligaciones que recaen sobre la mencionada autoridad y que se enuncian en el apartado precedente de la presente sentencia. Por otra parte, esta conclusión se ve corroborada por el artículo 3, apartado 1, de la ÖLG, en la medida en que indica que la asunción por los organismos privados de las tareas de control previstas por el Reglamento núm. 2092/1991 no puede llevar consigo la tramitación de un procedimiento administrativo. De ello se deduce que el papel auxiliar y preparatorio encomendado a los organismos privados por este Reglamento con respecto a la autoridad de supervisión no puede considerarse directa y específicamente relacionado con el ejercicio del poder público a efectos del artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero.

En lo que atañe a la argumentación subsidiaria en la que defiende la justificación por razones de protección de los consumidores, se sostiene, en particular, que el requisito de que se disponga de un establecimiento o de una infraestructura permanente en el territorio del Estado resulta indispensable para que las autoridades competentes, por un lado, se cercioren de que los organismos privados que prestan servicios de control en dicho territorio cuentan efectivamente con las infraestructuras y el personal necesario, y, por otro lado, puedan efectuar las inspecciones *in situ* previstas en el Reglamento núm. 2092/1991. A este respecto, el Tribunal de Justicia indica que, conforme a reiterada jurisprudencia, la protección de los consumidores puede justificar la presencia de obstáculos a la libre prestación de servicios. Sin embargo, es preciso asegurarse de que las medidas adoptadas con esta finalidad no excedan de lo que resulte objetivamente necesario, y a este propósito el requisito impuesto a los organismos privados autorizados en otro Estado miembro de disponer de un establecimiento en el territorio del Estado para poder ejercer su actividad en dicho territorio va más allá de lo que resulta objetivamente necesario para alcanzar el objetivo de protección de los consumidores. En efecto, recuerda el Tribunal de Justicia que el Reglamento núm. 2092/1991 establece criterios mínimos en materia de supervisión de estos organismos. Dichos criterios son aplicables en todos los Estados miembros, de forma que queda garantizado que un organismo de este tipo que haya sido autorizado en un Estado miembro y preste servicios de control en otro responde, en particular, a los distintos criterios previstos por el citado Reglamento y, por lo tanto, que la protección de los consumidores no se ve amenazada. Por consiguiente, al exigir a los organismos privados autorizados en otro Estado miembro que dispongan de un nuevo establecimiento excluye que se tengan en cuenta las obligaciones y las medidas de supervisión a las que tales organismos están ya sujetos en el Estado miembro de autorización. Por otro lado, las autoridades alemanas o austríacas tienen la posibilidad de obtener las garantías que exigen el Reglamento núm. 2092/1991 y la protección de los consumidores mediante medidas menos restrictivas. De esta forma, por una parte, tales autoridades pueden exigir a un organismo privado autorizado en otro Estado miembro, antes de que se efectúe cualquier prestación, la prueba de que dispone efectivamente, en el Estado miembro de establecimiento, de una autorización, así como de la infraestructura y del personal necesarios para prestar los servicios que desea ofrecer en su propio territorio.

Y estos elementos pueden ser corroborados por las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento que estén encargadas de la supervisión de la actividad del organismo de que se trate. Por lo tanto, resulta de todo lo anterior que en Alemania y Austria se han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 49 CE, al exigir a los organismos privados autorizados en otro Estado miembro que dispongan de un establecimiento en su país para poder prestar servicios de control en dicho territorio.

2. DEPORTE

A) En la ejecución de sentencia en el caso Obradoiro las condiciones para ingresar en la ACB en la temporada 2008-2009 son las exigidas para su ascenso en la temporada 1990-1991

En la crónica del núm. 22 de esta Revista, en esta misma sección se preguntaba, a propósito del presente caso, ¿cómo puede ejecutarse eficazmente en la actualidad una Sentencia del Tribunal Supremo que declara vencedor a un club en el play-off de ascenso de 1990? Al efecto se indicaba que la STS de 18 de marzo de 2002, Ar.3627, daba como ganador definitivo del play-off de ascenso de 1990 a la máxima categoría del baloncesto español al Club Obradoiro, como consecuencia de rechazarse el recurso de casación interpuesto por la Federación española de Baloncesto. Con posterioridad, el Auto de 4 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid determinaba que como es materialmente imposible su ejecución al final de la temporada 1989/1990, "debe llevarse a cabo para la temporada 2003/2004", como solicita la parte actora. Sin embargo, un último Auto de 15 de septiembre de 2003, relataba entre sus hechos que la ACB no admitía la inscripción del Club Obradoiro por no haber acreditado el cumplimiento de un abono de dos millones y medio de euros como cuota de entrada, y al mismo tiempo hallarse en una situación de "fondos propios de signo negativo". Por lo tanto, dado el incumplimiento de los requisitos económicos generales exigidos para formar parte de la Asociación de Clubes de Baloncesto, la Sala acuerda que, habiéndose llevado a cabo cuantas actuaciones podían permitir la satisfacción del Club Obradoiro, no podía producirse tal ascenso por circunstancias sólo imputables a la parte actora, por lo que definitivamente se declaraba ejecutada la sentencia.

No obstante el Club Obradoiro recurrió ante el Tribunal Supremo el citado Auto y la **STS de 12 de noviembre de 2007**, (recurso de casación 9995/2003), ha fallado que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Club Obradoiro contra el Auto de 15 de septiembre de 2003, que declaraba ejecutada la sentencia dictada en los autos 46/1991 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como contra el desestimatorio del recurso de súplica de fecha 20 de octubre de 2003, los que se dejan sin efecto ni valor alguno. Por lo tanto, estimando el recurso se declara que las condiciones de acceso del Club Obradoiro a la Liga ACB son las existentes en la temporada 1990-1991. Y se requiere a todas las partes concernidas y en especial al Sr. Presidente del Consejo Superior de Deportes para que, dada la imposibilidad material de que el ingreso del Club Obradoiro en su condición de equipo con derecho al ascenso a la Liga ACB en la temporada 1990-1991 se produzca en

la sesión 2003-2004 a que se refiere el incidente de ejecución de sentencia, ésta tenga lugar para la próxima temporada 2008-2009 realizando cuantas previsiones y actuaciones de toda índole sean necesarias –dados los meses que restan para el inicio de dicha sesión– para que se materialice el derecho reconocido en la sentencia dictada en primera instancia en 1994.

Téngase en cuenta que el recurso de casación se formula al amparo del artículo 87.1.c) LJCA por existir contradicción entre el auto impugnado y los términos contenidos en el fallo de la Sentencia de 14 de septiembre de 1994 confirmada por la del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002. El debate gira en si se debe abonar la cuota de entrada y la de participación en el valor patrimonial establecido por la ACB para la temporada 1990/1991, como pretende la recurrente, o la actual, como defiende la Liga ACB. La recurrente aduce que nunca aceptó que las condiciones fueran las vigentes al tiempo de ejecutarse la sentencia como afirma el Auto de 15 de septiembre de 2003, y sostiene que la nulidad de las resoluciones recurridas en su momento lleva como consecuencia el restablecimiento de su situación jurídica (artículo 71 LJCA). Además, añade que la cuota de entrada se modifica subjetivamente cada año por la ACB, y subraya que su patrimonio negativo deriva del impago de las indemnizaciones laborales que tienen su origen en resoluciones del orden jurisdiccional social por la rescisión de los contratos de jugadores en el año 1990, fecha en que el Club no ascendió a la liga ACB por causa de la Resolución del Comité Nacional de Competición de 23 de mayo de 1990 anulada en la STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 1994. Tanto la liga ACB como la Federación Española de Baloncesto, FEB, y el Abogado del Estado se oponen al recurso y defienden la bondad de los autos recurridos. Mantiene la FEB que las condiciones de participación en la liga ACB quedaron fijadas en los Autos de 4 de febrero y 10 de julio de 2003. Sin embargo, como se ha adelantado el Tribunal Supremo entiende que es a partir de 1990 en que el Club Obradoiro, como tal Club de Baloncesto, ostentaba el derecho al ascenso a la Liga ACB reconocido judicialmente a consecuencia de las infracciones producidas en el *play off* para ascenso a la liga ACB en 1990, independientemente de que su materialización por las diversas vicisitudes acontecidas no tenga lugar hasta muchos años después.

Por lo tanto, se da la razón a la recurrente al ser evidente que no cabe retrotraer materialmente el ascenso a la Liga ACB del año 1990, y se reconoce que se lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva si el reconocimiento se hiciera en condiciones económicas, no vigentes en 1990. Sería tanto como reconocer que los cambios habidos con posterioridad a la sentencia pueden incidir directamente en su ejecución lo que el Tribunal Supremo no viene admitiendo, pues contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva como asimismo reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional. En resumen, las condiciones que han de cumplirse para el ingreso del Obradoiro no debe fijarlas la ACB, pues las determinaciones debe marcarlas la jurisdicción respetando el fallo de la Sentencia dictada el 14 de septiembre de 1994. Es decir, con arreglo a la normativa vigente en el momento en que fue conculcada la legalidad cuya restauración se insta, máxime cuando no estamos ante una imposibilidad por cambio de legislación, ni tampoco se trata de actuaciones en que hubiera una pérdida sobrevenida del objeto de la controversia por modificación ulterior con cobertura legal.

Finaliza la Sentencia requiriendo a todas las partes concernidas para que, dada la imposibilidad material de que el ingreso del Club Obradoiro en su condición de equipo con derecho al ascenso a la Liga ACB en la temporada 1990-1991 se produzca en la temporada 2003-2004 a que se refiere el incidente de ejecución de sentencia, éste tenga lugar para la próxima temporada 2008-2009 realizando cuantas previsiones y actuaciones de toda índole sean necesarias –dados los meses que restan para el inicio de dicha sesión– para que se materialice el derecho reconocido en la sentencia dictada en 1994. Y especialmente se requiere "al Sr. Presidente del Consejo Superior de Deportes, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para que desarrolle la actividad necesaria a fin de que el fallo de la sentencia adquiera eficacia en razón de que el conocimiento de la pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa tuvo lugar por tratarse de una actuación de un órgano dependiente de aquél sujeta al derecho administrativo (Comité Español de Disciplina Deportiva adscrito al Consejo Superior de Deportes, artículo 84 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte)".

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Discrecionalidad técnica y control de las Comisiones de acceso a la función pública universitaria

La **STS de 6 de marzo de 2007,** Ar. 1993, contiene una detallada argumentación en un supuesto de acceso a la función docente universitaria (más concretamente a una plaza de Profesor Titular de Universidad) –conforme al sistema diseñado por el RD 1888/1984 (modificado en 1986)– y, superando el casi siempre insalvable obstáculo de la "discrecionalidad técnica", analiza diversos aspectos del desarrollo de la fase de oposición discutidos.

Asimismo, la **STS de 19 de marzo de 2007**, Ar. 2359, establece que, anulada la resolución rectoral de nombramiento de uno de los concursantes (en un proceso selectivo para una plaza de Profesor Titular de Universidad), lo que no se puede hacer en la sentencia estimatoria del recurso es –además de anular el nombramiento– ordenar el nombramiento del recurrente; sino que el procedimiento tiene que volver a la Comisión para que ésta emita su valoración respecto del mérito y capacidad de éste (lo que forma parte de la discrecionalidad técnica de tal Comisión).

4. EXTRANJEROS

A) Legalidad del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería

La **STS de 10 de enero de 2007**, Ar. 2043, resuelve un recurso directo interpuesto por una Asociación contra el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y en línea con sus Sentencias de 8 de enero de 2007, Ar. 1377, y de 9 de enero de 2007, desestima, en su totalidad las pretensiones de declaración de nulidad.

B) Permiso de residencia y trabajo

Han sido numerosas las sentencias dictadas a este propósito. Aquí sólo destacaremos las que pudieran aportar algún elemento más señalado. Así, las **SSTS de 9 de marzo,** Ar. 3702 y **de 27 de abril de 2007**, Ar. 2150, anulan sendas denegaciones de permiso de residencia temporal por no haber requerido en su momento la Administración a los solicitantes para que subsanasen la ausencia de documentos específicos y relevantes.

La **STS de 16 de marzo de 2007**, Ar. 4039, reitera la diferencia entre el permiso de residencia y trabajo y el de residencia como estudiante.

La **STS de 21 de marzo de 2007**, Ar. 1936, interpreta que el puesto de mozo de almacén no puede considerarse como "puesto de confianza", a efectos de exención de la necesidad de considerar la situación nacional de empleo para su otorgamiento.

C) Denegación de entrada y expulsión

Sobre la *denegación de entrada* en frontera, las **SSTS de 21 de marzo,** Ar. 1941, **de 30 de marzo**, Ar. 1951 y 1952, y **de 27 de abril de 2007**, Ar. 3714, insisten en que la denegación de entrada no es un auténtico procedimiento sancionador y que, para que no se produzca indefensión, es bastante con que el interesado tenga conocimiento suficiente de los motivos de la denegación, así como que tenga la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga.

Otras sentencias reiteran que la necesidad de interponer recurso de alzada frente a la denegación gubernativa de entrada no es ni ilegal ni inconstitucional (**SSTS de 30 de marzo**, Ar. 1951, y **de 18 de abril de 2007**, Ar. 1869, 1960 y 1961).

Otros pronunciamientos se enfrentan, con desigual valoración, a supuestos en los que el motivo turístico aducido en el momento del intento de entrada no se considera verosímil por parte de la autoridad gubernativa (**SSTS de 19 de abril**, Ar. 2334, **de 27 de abril**, Ar. 2144 y 3712, y **de 28 de junio de 2007**, Ar. 3323).

En materia de *expulsión*, se han producido también diversas sentencias. Algunas de ellas reiteran la necesidad de una específica motivación con respecto a la medida de expulsión (la más grave, frente a la multa) adoptada por la Administración (**SSTS de 25 de enero**, Ar. 2157, **de 31 de enero**, Ar. 2035, **de 9 de febrero**, Ar. 1880, **de 28 de febrero**, Ar. 2160, **de 9 de marzo**, Ar. 2293, **de 29 de marzo**, Ar. 1954, **de 12 de abril**, Ar. 3298, **de 27 de abril**, Ar. 3709, y **de 5 de julio de 2007**, Ar. 3755).

Dos **SSTS de 29 de marzo de 2007**, Ar. 1956 y 1957, declaran la improcedencia de la expulsión en caso de estar pendiente de resolución un procedimiento de solicitud de permiso de residencia. Por su parte, pero para evitar el *bis in idem*, la **STS de 9 de febrero de 2007**, Ar. 1885, hace lo propio en el caso de estar pendiente un proceso penal.

Dos **SSTS de 31 de enero**, Ar. 2034, y **de 28 de febrero de 2007**, Ar. 2158, ordenan sustituir la medida de expulsión (que conlleva la prohibición de entrada ulterior) por la de devolución a su país (sin prohibición de entrada ulterior), al encontrarse ilegalmente en España, pero por un tiempo inferior a los noventa días.

En fin, algunas otras sentencias se ocupan de defectos en la tramitación del procedimiento. Así, la **STS de 9 de febrero de 2007**, Ar. 2189, ordena la retroacción por no haberse comunicado la existencia del expediente al Consulado de su país ni al Ministerio de Asuntos Exteriores, como exige el artículo 62.4 LO 4/2000. Las **SSTS de 29 de marzo**, Ar. 1959, y **de 27 de abril de 2007**, Ar. 2145, detectan una defectuosa notificación de la orden de expulsión y concluyen la declaración del procedimiento de expulsión.

D) Asilo y condición de refugiado

De la abundante jurisprudencia originada por las solicitudes de asilo, podemos destacar algunos pronunciamientos. Así, sendas **SSTS de 21 de marzo de 2007,** Ar. 1937 y 1945, admiten la procedencia de la inadmisión a trámite por haberse denotado, simplemente, un genérico descontento con la situación social y económica de Cuba.

La **STS de 21 de marzo de 2007**, Ar. 1940, corrobora la procedencia de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo en el caso de quien había permanecido ilegalmente en España durante más de un mes.

La **STS de 19 de julio de 2007**, Ar. 3921, anula una inadmisión a trámite y ordena la retroacción de las actuaciones por considerar que se le había producido indefensión al solicitante al no haber recibido éste información suficiente sobre los derechos que le asistían en el procedimiento (destacadamente, la posibilidad de recabar asistencia letrada de oficio).

En fin, la **STS de 19 de abril de 2007**, Ar. 2209, anula una denegación de asilo por considerar que lo aducido por el recurrente (nacional de Georgia) era suficiente para conformar la causa de persecución política.

E) Nacionalidad

La **STS de 21 de mayo de 2007**, Ar 3167, deniega el otorgamiento de nacionalidad por entender que el requisito de la "buena conducta cívica" (artículo 22.4 CC), establecido para la obtención de la nacionalidad por residencia, no se identifica con la mera ausencia de infracciones penales o administrativas, sino que –en el caso– "la tenencia por parte

del actor de sustancias estupefacientes, de forma reiterada en el tiempo, aun cuando no haya terminado con un pronunciamiento condenatorio, es claramente expresiva de una ausencia de buena conducta cívica y de una falta de adaptación a las reglas sociales y de normal convivencia, ausencia de adaptación que no puede considerarse subsanada por el hecho (…) de que el actor tenga un trabajo estable".

5. JUEGO

A) Incumplimiento del principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado concesiones para la gestión de apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación

La **STJCE de 13 de septiembre de 2007, As. C-260/04,** juzga el recurso de la Comisión contra la República Italiana –que cuenta con el apoyo de España y Dinamarca–. El Gobierno italiano no ha negado que la adjudicación de la gestión y la recogida de las apuestas hípicas en Italia constituyen una concesión de servicio público y el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones del Tratado aplicables a las concesiones de servicios públicos, en particular los artículos 43 CE y 49 CE, así como la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato. A este respecto, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. En el presente caso, el Tribunal de Justicia señala que la ausencia absoluta de licitación a efectos de la adjudicación de las concesiones para la gestión de las apuestas hípicas no se ajusta a los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado. En efecto, la renovación de las 329 antiguas concesiones sin licitación impide que dichas concesiones estén sometidas a la competencia y al control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

No obstante, se reconoce que los Estados miembros son libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido, aunque las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad. Por consiguiente, es necesario examinar si la renovación de las concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido por la República Italiana y si no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. En todo caso, recuérdese que dicha renovación de concesiones debe realizarse de modo no discriminatorio, y el Gobierno italiano no explicó por qué razón es necesaria a este respecto la ausencia de cualquier procedimiento de licitación y no invocó argumentos que pudieran refutar el incumplimiento imputado

por la Comisión. En particular, dicho Gobierno no justificó de qué modo la renovación de las concesiones existentes al margen de cualquier procedimiento de licitación podría suponer un obstáculo al desarrollo de actividades clandestinas en el sector de las apuestas hípicas. Al respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa responde a un interés esencial en el sentido de los artículos 45 CE y 46 CE o a una exigencia imperiosa de interés general consagrada por la jurisprudencia y, por otro lado, que dicha normativa es conforme al principio de proporcionalidad. Por tanto, el Tribunal estima que el hecho de renovar las antiguas concesiones sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípicas participen en actividades delictivas o fraudulentas. Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, el Tribunal de Justicia recuerda que no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado.

6. SANIDAD

A) Requisitos de los medicamentos

La **STJCE de 20 de septiembre de 2007, As. Staat der Nederlanden, C-84/06,** se enfrenta con la cuestión relativa a si los denominados medicamentos antroposóficos están también sometidos a la Directiva 2001/83, del Parlamento y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos de uso humano. Como se recoge en el aptdo. 18 de la Sentencia, a diferencia de la medicina tradicional (o "alopática"), que se basa fundamentalmente en fenómenos observables físicamente, la medicina antroposófica descansa en una concepción en la que el ser humano se compone de cuatro elementos: el cuerpo físico, el etórico, el astral y el "yo"; y los medicamentos antroposóficos tratan de restablecer el equilibrio entre estos cuatro componentes, se preparan mediante métodos especiales y pueden contener diferentes sustancias vegetales, minerales, animales o metálicos. Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo interpretará que, presentándose estos productos como "medicamentos", tienen que cumplir con las exigencias de la mencionada Directiva 2001/83 (en el caso, sobre todo las referidas al registro); con lo que los mencionados medicamentos antroposóficos sólo pueden comercializarse cuando hayan sido autorizados mediante alguno de los procedimientos recogidos en el Código comunitario sobre medicamentos para uso humano.

También en este ámbito, la **STJCE de 15 de noviembre de 2007, As. Comisión c. Alemania, C-319/05,** dictada en un recurso por incumplimiento se enfretna con la, en ocasiones, difusa frontera entre productos alimenticios y medicamentos. En el caso, el proceso por infracción se desató por la negativa de las autoridades alemanas a comercializar

(como alimento) un preparado de ajo en cápsulas. Esta Sentencia contiene un detallado e interesante análisis de la legislación comunitaria al respecto (que aquí no se puede pormenorizar), en especial, de la definición de medicamento por *presentación* o por la *función*.

B) Intimidad y análisis clínicos

La **STC 206/2007, de 24 de septiembre**, aborda en el marco de un proceso de amparo, entre otras, la interesante cuestión para nosotros de la relación entre el derecho fundamental a la intimidad personal y los análisis clínicos (aportados por la Guardia Civil en un proceso penal) y en donde se otorga el amparo por haber invadido la esfera privada del recurrente, sin su consentimiento y sin autorización judicial alguna (ni haberse acreditado, a este último respecto, la urgente necesidad de la actuación policial de ordenar la práctica de la analítica, sin mandato judicial previo).

C) Consentimiento informado

Como ha sucedido en anteriores Crónicas, también esta vez tenemos algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que, aunque dictados en procesos de reclamación indemnizatoria, contienen algunas referencias al derecho de los pacientes a la información (sobre todo, *sub specie* consentimiento informado). Así, en la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 2485, analiza la información recibida por la recurrente y el consentimiento prestado, rechazando su insuficiencia y concluyendo que el consentimiento otorgado por la actora, previa existencia de una información completa, veraz y continuada, supone la asunción por ella de los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica. Por su parte, la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 3306, reitera la asentada interpretación jurisprudencial consistente en que la falta de consentimiento informado supone, por sí misma, un supuesto de mala *praxis* y, si se produce un daño, ya lo hace antijurídico. Finalmente, la **STS de 21 de marzo de 2007**, Ar. 3145, destaca como insuficiente el consentimiento del que sólo se aporta que recibió, sin más, una información de "ciertos riesgos posibles de complicación", sin especificación (y que, por lo demás, parecían referirse no a la producción de secuelas irreversibles de la gravedad de las que sufrió el interesado).

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: es impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa la Resolución del Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales que priva al recurrente de un título honorífico. B) Competencia. a) Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos deducidos frente a Resolución de Director Gerente de Servicio de Salud desestimatoria de solicitud en materia de personal. b) Juzgados Centrales. a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a denegación presunta del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre jornada laboral.
b') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a Resolución del Subsecretario, dictada por delegación del Ministro, en materia de personal. c') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a Resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada planteado frente a Resolución de Dirección General de Personal denegatoria de pensión. c) Tribunales Superiores de Justicia.
a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación por silencio de la reclamación presentada ante el Ministerio en materia de responsabilidad patrimonial. b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la denegación presunta de la reclamación de haberes presentada ante una Dirección Provincial de un Ministerio. c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación presunta del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en materia de personal. d') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a Resolución de la Junta de Garantías Electorales adscrita al Consejo Superior de Deportes, en materia electoral.
e') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación por silencio de órganos centrales de la Administración de Justicia sobre jubilación. d) La Audiencia Nacional conoce de los recursos deducidos frente a Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central desestimatoria de reclamaciones

contra Resoluciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. C) Sujetos. a) Legitimación. a') No puede declararse la inadmisibilidad cuando el hecho en el que ésta se funda está íntimamente ligado a la cuestión de fondo. b') Las Juntas de Compensación tienen legitimación para impugnar un acuerdo municipal anulatorio de la decisión de la Asamblea General de sostener acciones judiciales contra el planeamiento. D) Objeto. a) No se puede recurrir contra la resolución sancionadora cuando ya se declaró la caducidad en vía administrativa. b) Es recurrible la inactividad frente a una solicitud de expedición de certificado de archivo de expediente de expulsión de territorio nacional por caducidad. c) No es impugnable la falta de respuesta a las alegaciones formuladas frente al acuerdo de incoación de un expediente de expulsión. d) Es impugnable el acuerdo de inicio del expediente de expulsión y proposición de internamiento. e) Es recurrible como acto de trámite la resolución que considera innecesario el sometimiento de un proyecto al procedimiento de evaluación de impacto medioambiental. E) Procedimiento. a) Interposición: no es extemporáneo el recurso cuando se ha solicitado la designación de abogado del turno de oficio. b) Inadmisión. a') Es posible declarar la inadmisión antes de reclamar el expediente administrativo. b') La falta de acuerdo previo no puede ser apreciada como causa de inadmisión si antes no se dio la posibilidad de subsanar. F) Medidas cautelares. a) Debe suspenderse cautelarmente la ejecutividad de las licencias de obras. b) Inaplicabilidad del criterio de la apariencia de buen derecho. c) Es necesario realizar la ponderación de intereses en juego. G) Extensión de efectos. a) No es idéntica la situación de quien no solicitó sus vacaciones en plazo. b) La situación jurídica ha de ser idéntica y no lo es la de quien no recurrió contra el acto administrativo. c) No se puede exigir el requisito de recurrir contra el acto administrativo a quien pretende la extensión de efectos antes de la reforma de 2003.

2. Recurso de casación. A) Objeto: al casarse un Auto resolutorio de una alegación previa deben devolverse las actuaciones a la Sala *a quo* para que conteste la demanda. B) Inadmisión. a) Al invocarse el motivo del artículo 88.1.d) LJCA deben concretarse las sentencias que se consideran infringidas. b) Al amparo del motivo previsto en el artículo 88.1.d) LJCA no puede invocarse la infracción de preceptos de carácter genérico y programático. C) Motivos. a) En el motivo del artículo 88.1.d) LJCA no pueden reproducirse sin más los argumentos esgrimidos en la instancia. b) En los recursos de casación

contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo son invocables los motivos del artículo 87.1 LJCA y no es necesario el juicio de relevancia del artículo 89.2 LJCA.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el numero 4 (abril de 2007) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a las cuestiones de competencia.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: es impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa la Resolución del Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales que priva al recurrente de un título honorífico

La **STS de 29 de marzo de 2007,** Ar. 1927, analiza un supuesto en el que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales en la que se le priva al recurrente del título de "Presidente de Honor" que en su día se le había concedido. En dicha Resolución se decide destituir al actor del cargo de Presidente de Honor, acuerdo que se toma una vez que se acordó abrir contra él un expediente disciplinario.

Por lo que se refiere a la incompetencia de jurisdicción, es apreciada por el Tribunal *a quo* al entender que el acto impugnado es una cuestión ajena al interés público, y por tanto sólo sería revisable en la vía civil, señala la Sala del Alto Tribunal que a efectos de la adecuada resolución del motivo de recurso, han de hacerse determinadas precisiones a la vista tanto del propio acto impugnado, como del órgano que lo dicta. El acto recurrido ha sido dictado por el Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales. Respecto a los Consejos Generales de Colegios Profesionales, la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones, por todas citaremos la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 (recurso ordinario 13/2003) que entre otras consideraciones y remitiéndose a anteriores pronunciamientos de esta misma Sala ha dicho: "Los Consejos de Colegios son sin duda un tipo concreto de Corporaciones profesionales, las cuales son a su vez una especie concreta de Corporaciones públicas que pueden integrar diversas entidades. Consolidadas en nuestro país a partir del último tercio del siglo XIX la existencia de los Colegios profesionales, con el andar de los tiempos éstos se organizaron siguiendo principalmente dos modelos. De una parte, puede existir una organización con una sola persona jurídica, que suele denominarse Colegio Nacional, competente en todo el territorio del Estado sin perjuicio de que pueda crear delegaciones. De otra parte, se viene aplicando a las profesiones más clásicas el modelo de organización consistente en una pluralidad de Colegios Provinciales (y algunas veces regionales) que se agrupan en un Consejo General.

Estos Consejos Generales que indudablemente deben considerarse entidades de derecho público según la Ley 2/1974, de 13 de febrero, tienen, desde luego, personalidad jurídica pública. Entre sus potestades deben destacarse las de proponer al Gobierno la aprobación de los Estatutos, aprobar reglamentos de organización interna y ejercer potestades disciplinarias respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios de ámbito limitado, y ello sin perjuicio de que a estas potestades de carácter general puedan añadirse otras concretas en los Estatutos de la profesión".

Del mismo modo en Sentencias como la de 21 de mazo de 2006 (recurso de casación 4851/2005) se ha dicho: "Quinto: Tampoco puede prosperar por las propias razones antedichas el segundo submotivo del motivo. Aun más, si bien el defecto de jurisdicción presupone la falta de jurisdicción en sentido estricto, la impuesta por la razón de la materia, en este caso no se produce porque determinados planteamientos de la demanda no habrían obtenido respuesta, sino porque consiste en la falta de ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida; lo que sucede es que, como razonadamente expresan los autos recurridos, la materia no corresponde al orden jurisdiccional al que se ha acudido, y ello pese a la naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público como organizaciones de base y fines privados, si bien con una dimensión pública por su conexión también con el interés público, esto es como Corporaciones sectoriales de base privada (Sentencias TC 76/1983, de 5 de agosto, 123/1987, de 15 de julio y 113/1994, de 14 de abril), pero no por ello, sin más, que puedan acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando no exista actividad impugnable, pese a que formalmente el acto dictado y que ha dado lugar a este recurso se trate de una acto administrativo, pero que necesita de una actividad intermedia que la convierta en actividad impugnable siguiendo las normas establecidas en la propia Ley. Por ello tampoco hay en modo alguno infracción del artículo 24.1 de la Constitución, por cuanto conforme a reiteradísimas sentencias del Tribunal Constitucional, cuya cita concreta es innecesaria, el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a la jurisdicción, como una de las manifestaciones en que se concreta ese derecho no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello".

De cuanto se ha expuesto resulta evidente que la naturaleza de Corporación pública de los Consejos Generales de Colegios profesionales no conlleva necesariamente que todos sus actos puedan ser susceptibles de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

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. Es esa tramitación como expediente disciplinario, una de las razones básicas que sirven a aquél para sostener que se le impuso una sanción, y que por ello el Acuerdo imponiendo ésta sería susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según prevé el propio artículo 76 del Reglamento, aprobado por el Real Decreto 3549/1977.

El Alto Tribunal da la razón al actor por cuanto la resolución objeto de impugnación se dictó previa la tramitación de un expediente sancionador, con todos los trámites propios de éste, a saber, pliego de cargos del que se le dio traslado al actor y propuesta de resolución, y en la medida en que se siguió dicha tramitación, quizás porque el apartado V del artículo 55 del Real Decreto 3549/1977 no autoriza sin más la revocación de honores concedidos, es la jurisdicción contencioso-administrativa, la que resulta competente para determinar si la concreta Resolución con la que se culmina el expediente tramitado y ese propio expediente son o no ajustados a derecho.

B) Competencia

a) Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos deducidos frente a Resolución de Director Gerente de Servicio de Salud desestimatoria de solicitud en materia de personal

La actividad impugnada en el asunto examinado por la **STS de 20 de febrero de 2007,** Ar. 1729, procede de un Servicio de Salud Autonómico que desestimó expresamente la reclamación formulada por la recurrente, derivada de la aplicación de un complemento específico, y, además, por subrogación en las funciones del INSALUD, desde el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma. Por tanto, se trata de la resolución de un recurso contencioso-administrativo cuya naturaleza corresponde a una cuestión de personal, relativa a los que prestan sus servicios en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, que, en virtud del artículo 8.2.a) LJCA viene atribuido su conocimiento a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Teniendo en cuenta, además, que el artículo 13.a) LJCA dispone que las referencias que se hacen a la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales comprende a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

b) Juzgados Centrales

a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a denegación presunta del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre jornada laboral

El artículo 9.a) LJCA atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan frente a los actos en materia de personal dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

En el caso dilucidado por la **STS de 13 de febrero de 2007,** Ar. 1739, el acto recurrido se refiere a materia de personal y es claro que no afecta al nacimiento o a la extinción de relación de servicio alguna. Por otro lado, aunque en el suplico de su demanda se solicita la nulidad de actos administrativos anteriores dictados por el Director General de la AEAT y también por el Secretario de Estado, lo cierto es que el acto administrativo que determina la interposición del recurso es la denegación presunta de su solicitud deducida ante el Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Siendo ello así, el recurso contencioso-administrativo ha de entenderse deducido contra un acto dictado por un Secretario de Estado, toda vez que el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por el que se crea la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dispone –apartado tres 1– que el Presidente de la Agencia será el Secretario de Estado de Hacienda o la persona que designe el Gobierno, en cuyo caso tendrá rango de Secretario de Estado, cualidad esta que no cabe disociar de la de Presidente del expresado organismo público. Así pues, al concurrir en el acto impugnado los requisitos previstos en el artículo 9.a) LJCA, la resolución comentada atribuye la competencia controvertida al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

b') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a Resolución del Subsecretario, dictada por delegación del Ministro, en materia de personal

Dispone el artículo 9.a) LJCA en su versión posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto "a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar".

Pues bien, en el caso examinado por la **STS de 13 de febrero de 2007,** Ar. 1731, se impugnó un acto procedente del Ministro de Educación y Ciencia, pues las resoluciones adoptadas por delegación se entienden dictadas por el órgano delegante *ex* artículo 13.4 de la Ley 30/1992, que se refiere a materia de personal y en el que no concurren las excepciones previstas en el mentado apartado a) del artículo 9 LJCA, por lo que entiende que la competencia corresponde al Juzgado Central, sin que obste a la anterior conclusión que la orden impugnada haya sido dictada en cumplimiento de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia pues efectivamente la competencia que por tal razón correspondería, en principio, a la expresada Sala cesa cuando se carece de competencia para conocer y, en su caso, acordar la nulidad del acto administrativo dictado en ejecución de sentencia, como dispone el inciso final del artículo 103.5 LJCA.

c') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos deducidos frente a Resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada planteado frente a Resolución de Dirección General de Personal denegatoria de pensión

La **STS de 30 de enero de 2007,** Ar. 1740, resuelve la cuestión negativa de competencia que se plantea entre la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia y un Juzgado Central del indicado orden jurisdiccional para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ministro de Defensa, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección

General de Personal (Subdirección General de Personal Militar, Area de Pensiones) que denegó una solicitud de pensión de retiro.

Dispone el artículo 9.a) LJCA en su versión, aquí a tener en cuenta, anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto "a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar". Pues bien, la Sala ha venido entendiendo que los actos de los Ministros o Secretarios de Estado que confirmen en vía de recurso los dictados por órganos inferiores están incluidos en el referido apartado a). Siendo esto así, como el acto recurrido, que desestima un recurso, procede del Ministro de Defensa y ha sido dictado en materia de personal, sin que concurra ninguna de las excepciones previstas en el mencionado apartado, la competencia discutida hay que entender que corresponde al Juzgado Central.

c) Tribunales Superiores de Justicia

a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación por silencio de la reclamación presentada ante el Ministerio en materia de responsabilidad patrimonial

La **STS de 14 de marzo de 2007,** Ar. 1735, nos reitera la doctrina sentada al examinar cuestiones de competencia sobre expedientes de responsabilidad patrimonial, en la que se ponía de relieve el contenido del artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico y se indicaba que la expresión "resolución definitiva" a la que se refiere el expresado artículo hay que identificarla con la resolución expresa a dictar en el expediente administrativo de que se trate. La argumentación contenida en las indicadas sentencias se refería a supuestos en los que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias a una Comunidad Autónoma se hubiera podido producir el juego del silencio administrativo negativo por haberse presentado la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial con anterioridad al mencionado traspaso, resolviéndose en los indicados supuestos la cuestión de competencia planteada en favor del correspondiente Tribunal Superior de Justicia al no haberse dictado, en la fecha de la transferencia del servicio correspondiente, la resolución definitiva del expediente.

Si en estos supuestos, esto es, en aquellos casos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias pudo producirse el juego del silencio administrativo negativo, se entendió que la competencia discutida correspondía al correspondiente Tribunal Superior de Justicia por no haberse dictado, en la fecha de transferencia del servicio correspondiente, la resolución definitiva del expediente, con mayor razón igual solución ha de adoptarse en aquellos otros casos, como el que ahora nos ocupa, en los que la reclamación por responsabilidad patrimonial fue formulada con posterioridad al traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma, por lo que con anterioridad a aquél no pudo incoarse ningún expediente administrativo en relación con la indicada responsabilidad.

b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la denegación presunta de la reclamación de haberes presentada ante una Dirección Provincial de un Ministerio

La **STS de 8 de mayo de 2007,** Ar. 3365, analiza un recurso contencioso-administrativo deducido contra la denegación presunta de la reclamación de haberes deducida por la profesora recurrente ante la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia. Así las cosas, la competencia administrativa para conocer de la expresada reclamación económica, en materia de personal, corresponde al Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia, según dispone el artículo 10.6 el Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, de atribución de Competencias en materia de Personal, en desarrollo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. El conocimiento de las impugnaciones de los actos dictados por los órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materia de personal, viene atribuida, *ex* artículo 10.1.i) de la LJCA, a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Teniendo en cuenta que el acto presunto ha de atribuirse al Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia, sin que, por lo que hace al caso, resulte relevante la delegación acordada pues, en todo caso, la competencia ha de entenderse referida al órgano delegante, *ex* artículo 13.4 de la Ley 30/1992.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación presunta del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en materia de personal

La **STS de 27 de marzo de 2007,** Ar. 1865, analiza un caso en el que se impugna la desestimación presunta del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre alta y período de cotización de la recurrente mientras presta servicios como personal estatutario de carácter eventual, como refuerzo para la realización de la Atención Continuada en el equipo de Atención Primaria.

La competencia para conocer de las impugnaciones deducidas contra actos administrativos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, viene atribuida a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, *ex* artículo 9.c) LJCA. Ahora bien, la citada norma contiene una excepción en relación con los actos que versen, por lo que ahora interesa, en materia de personal, como sucede en el caso examinado, por lo que resulta de aplicación el artículo 10.1.i) de la LJCA que atribuye la competencia en estos casos a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Teniendo en cuenta, además, que la atribución de competencia por razón de la materia prevalece sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto, *ex* artículo 13.c) LJCA.

d') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a Resolución de la Junta de Garantías Electorales adscrita al Consejo Superior de Deportes, en materia electoral

La **STS de 27 de marzo de 2007,** Ar. 1738, analiza una cuestión de competencia que se refiere a un recurso contencioso-administrativo que tiene por objeto unos acuerdos originarios de la Federación Española Deportiva que resuelven determinadas incidencias electorales, y concluye que no puede entenderse que emana del Consejo Superior de Deportes, por lo que la competencia discutida, al no existir una regla competencial específica referida a un acuerdo como el expresado, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.j) LJCA.

e') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a la desestimación por silencio de órganos centrales de la Administración de Justicia sobre jubilación

Según la **STS de 6 de febrero de 2007,** Ar.1728, la competencia administrativa para resolver sobre la jubilación de los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia corresponde al Director General de Relaciones con la Administración de Justicia, *ex* artículo 28.3.e) del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Por tanto, estamos ante una denegación por un órgano de la Administración General del Estado –Director General– cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico es inferior al de Ministro y Secretario de Estado en materia de personal, por lo que el conocimiento del recurso contencioso-administrativo viene atribuido, *ex* artículo 10.1.i), a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

d) La Audiencia Nacional conoce de los recursos deducidos frente a Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central desestimatoria de reclamaciones contra Resoluciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

Según la **STS de 27 de marzo de 2007,** Ar. 1866, no resulta de aplicación, por tanto, 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 las Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central, en materia de tributos cedidos, en relación con el cual la jurisprudencia 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 sujeción o no del gas natural y el gasóleo al Impuesto Especial sobre Hidrocarburos para su uso en la producción de energía eléctrica en una central de ciclo combinado en Cataluña, 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.

C) Sujetos

a) Legitimación

a') No puede declararse la inadmisibilidad cuando el hecho en el que ésta se funda está íntimamente ligado a la cuestión de fondo

La **STS de 20 de abril de 2007,** Ar. 3155, nos recuerda que de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, cuando la legitimación cuya falta se invoca como causa de la excepción de inadmisibilidad se halla vinculada a la solución del fondo del recurso, que es lo que acontece en vía administrativa y en la sentencia recurrida, en el que la única cuestión planteada es precisamente la de si la recurrente tienen legitimación *ad causam*, en este caso para el concreto ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, es decir, cuando el hecho en que se funda el motivo de inadmisibilidad está tan íntimamente ligado a la cuestión de fondo que no es posible resolver aquélla sin entrar en el examen de ésta, no puede declararse la inadmisibilidad del recurso.

b') Las Juntas de Compensación tienen legitimación para impugnar un acuerdo municipal anulatorio de la decisión de la Asamblea General de sostener acciones judiciales contra el planeamiento

La **STS de 20 de febrero de 2007,** Ar. 1644, analiza la subsanación del posible defecto del acuerdo de la Asamblea General de la Junta de Compensación para deducir acciones judiciales frente a los acuerdos municipales impugnados, en un caso en el que la Sala de instancia no formuló, como era su deber, el requerimiento previsto antes por el apartado segundo del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y ahora por el segundo apartado del también mencionado artículo 138 de la Ley Jurisdiccional de 1998, a pesar de que el objeto del proceso se concretaba en dos acuerdos municipales en los que se anulaba la decisión de la Asamblea General de la Junta de Compensación en orden al ejercicio de acciones judiciales frente a la modificación del Plan General Metropolitano.

La Sala concluye que no existiendo duda alguna acerca de que la Asamblea General de la Junta de Compensación acordó deducir acciones judiciales frente a dicho planeamiento, resulta, cuando menos, discutible que tal acuerdo no legitime también para impugnar en sede jurisdiccional los acuerdos municipales que anulan la decisión de la Asamblea General de sostener acciones judiciales contra el indicado planeamiento. Ahora bien, cuando, a la vista de que se ha cuestionado en el proceso por los demandados la legitimación para la interposición del expresado recurso contencioso-administrativo, se vuelve a convocar Asamblea General de la Junta de Compensación, en la que se acuerda expresamente mantener las acciones ejercitadas contra los actos municipales anulatorios de los previos acuerdos adoptados a tal fin por la Asamblea General, resulta contrario a un efectivo reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva que el Tribunal *a quo* señale, como razón para no tener por subsanado el defecto denunciado, que ese nuevo acuerdo de la Asamblea General ha vuelto a ser declarado nulo por decisión municipal, sin que conste

que fuese impugnada en vía jurisdiccional, si bien, al parecer, lo ha sido, habiéndose de nuevo inadmitido el recurso contencioso-administrativo por el mismo Tribunal de instancia aunque con distinta composición.

No es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva ni se compadece con el principio de proporcionalidad, que debe presidir la decisión sobre las causas de inadmisibilidad, exigir a una entidad urbanística, cual es la Junta de Compensación, que cada vez que el Ayuntamiento anule sus acuerdos relativos al ejercicio de acciones frente a resoluciones municipales consideradas contrarias a derecho, tenga que volver a convocar Asamblea General para acordar nuevamente recurrir éstas, pues, de ser así, se posibilitaría la sistemática obstaculización por la Administración actuante del legítimo ejercicio por aquellas entidades de acciones judiciales frente a los acuerdos municipales que afecten a los derechos e intereses de los propietarios que las integran.

D) Objeto

a) No se puede recurrir contra la resolución sancionadora cuando ya se declaró la caducidad en vía administrativa

La **STS de 9 de marzo de 2007,** Ar. 2299, ha declarado que carece manifiestamente de fundamento el recurso en el que se ha producido la pérdida sobrevenida del objeto del proceso a que se refiere la sentencia de instancia. Es cierto que en el expediente sancionador incoado contra el actor se dictó una resolución por la que se acordó su expulsión del territorio nacional. Ahora bien, no habiéndose notificado esta resolución la Abogada defensora del expedientado pidió que se declarase la caducidad del procedimiento, y la Administración accedió a lo solicitado, acordando mediante resolución la caducidad del expediente y su archivo. Así las cosas, como también remarca la sentencia de instancia, carece de sentido pedir que se anule una resolución que nunca ha tenido efectividad jurídica alguna, por no haberse intentado siquiera su notificación y haber recaído en un procedimiento administrativo que ha sido expresamente declarado caducado con posterioridad por la propia Administración, con su consiguiente archivo (cuestión distinta y ajena a este proceso es, dicho sea en términos dialécticos, la responsabilidad en que eventualmente pudiera haber incurrido la Administración si hubiera llevado a cabo esa expulsión antes de notificar al interesado la resolución correspondiente).

b) Es recurrible la inactividad frente a una solicitud de expedición de certificado de archivo de expediente de expulsión de territorio nacional por caducidad

Las **SSTS de 18 de enero y de 15 de febrero de 2007,** Ar. 1686 y 3087, analizan un supuesto en el que no se solicita que se resuelvan unas alegaciones hechas en el expediente administrativo, sino que se declare y se certifique la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo. Y ésta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad. La afirmación de la Sala de instancia de que "la eventual caducidad del expediente sólo

operará y 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.

c) No es impugnable la falta de respuesta a las alegaciones formuladas frente al acuerdo de incoación de un expediente de expulsión

La **STS de 9 de febrero de 2007,** Ar. 1881, analiza un recurso de casación contra un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra lo que la parte calificó de inactividad de la Administración, al no haber resuelto un escrito de alegaciones presentado en expediente de expulsión del territorio nacional seguido contra dicha parte.

Pues bien, a la vista del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, la Sala concluye que la actuación administrativa contra la que se interpuso dicho recurso no era otra, jurídicamente hablando, que la inactividad de la Administración frente a las alegaciones presentadas en un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional, o, dicho sea de otro modo, la desestimación por silencio negativo de las alegaciones formuladas en relación con el acuerdo de incoación de dicho expediente de expulsión.

Pero esa supuesta desestimación presunta, afirma el Alto Tribunal, no existe. Parece obligado recordar, para comprender la razón que asiste a la Sala de instancia, que en un procedimiento administrativo como el que nos ocupa (que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano), el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así pues según tal precepto los efectos del vencimiento del plazo son bien distintos de los que disciplina el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3, pues mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992), el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados (en el caso del silencio negativo) la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, por el contrario en los procedimientos de naturaleza sancionadora y, en general, en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio (en el sentido del artículo 43.3), sino la caducidad del procedimiento que opera previa denuncia y su desestimación expresa o presunta, la cual abre ya la puerta al recurso contencioso-administrativo. Y en el caso presente no puede discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y por ende su cobijo en el artículo 44 de la Ley 30/1992 y su exclusión del régimen contemplado en el artículo 43 del mismo cuerpo legal.

d) Es impugnable el acuerdo de inicio del expediente de expulsión y proposición de internamiento

Las **SSTS de 25 de enero de 2007,** Ar. 1693, **28 de febrero de 2007,** Ar. 2162 y **16 de marzo de 2007,** Ar. 2361, nos reiteran la más reciente jurisprudencia en la que el acto administrativo impugnado en el proceso, a tenor de las claras manifestaciones de la recurrente en su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, era una resolución de iniciación de un procedimiento de expulsión, el cual, en la medida que inicia un procedimiento sancionador, es sin duda un acto de trámite. Pero esa resolución de iniciación del procedimiento sancionador hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento en tanto se sustancia el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000.

No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

Pues bien, se concluye que no es lógico ni conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1.c) LJCA, en relación con su artículo 25.1, que se prive a la interesada de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (*v.g.*, incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (*v.g.*, por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000). Y se nos recuerda que en materia de urbanismo la Sala ha llegado, ya de antiguo, a idéntica conclusión: la aprobación inicial de los planes urbanísticos es un acto de trámite, y, por lo tanto, inimpugnable; pero como esa aprobación va acompañada de suspensión de licencias, los afectados por ésta pueden impugnarla.

e) Es recurrible como acto de trámite la resolución que considera innecesario el sometimiento de un proyecto al procedimiento de evaluación de impacto medioambiental

En la nueva LJCA se ha producido un trascendental cambio objetivo tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, por cuanto no es que simplemente se amplíen las definidas y delimitadas categorías residenciables ante el orden jurisdiccional que ya figuraban en la Ley de 1956, sino que, a la manera de nuevo sistema abierto, son contempladas por el legislador nuevas situaciones fácticas o materiales o simples pasividades de la Administración pública que son tomadas en consideración por el nuevo legislador con entidad más que suficiente para alcanzar la categoría de ser susceptibles de control a través de los órganos y procedimientos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dentro del ámbito de la "actuación administrativa" se incluyen también los denominados actos de trámite, siempre que reúnan determinadas condiciones, que son las que, como

novedad en el ámbito jurisdiccional, ahora se establecen en el inciso final del artículo 25.1 LJCA.

Con estas premisas las **SSTS de 13 y 27 de marzo de 2007,** Ar. 1846 y 3148, consideran un acto de trámite la Resolución impugnada que acuerda y decide innecesariedad de llevar a cabo un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, al no contar, el proyectado, con la consideración técnica de auténtico proyecto. A diferencia de la doctrina establecida en relación con los actos aprobatorios de las evaluaciones de impacto ambiental –en los que su revisión jurisdiccional ha de quedar diferida al momento posterior de revisión del acto aprobatorio del proyecto en el que se integra–, en el supuesto de autos la decisión sobre la mencionada innecesariedad de la evaluación, cuenta, por sí misma, con uno efecto inmediato, cual es, justamente, la ausencia de evaluación; decisión, pues, necesariamente previa a la evaluación y adoptada con criterios propios e independientes, que en modo alguno alcanza a integrarse en la decisión aprobatoria del proyecto.

E) Procedimiento

a) Interposición: no es extemporáneo el recurso cuando se ha solicitado la designación de abogado del turno de oficio

La **STS de 21 de marzo de 2007,** Ar. 3146, analiza un supuesto en el que, cuando la resolución de instancia fue dictada, se encontraba en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 20.1 (antes de su modificación y renumeración por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) señalaba que "los extranjeros tienen derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo"; y, desde la perspectiva reglamentaria, se encontraba en vigor el Reglamento, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que, por su parte, en el artículo 2.3 señalaba que "los extranjeros tienen derecho a la asistencia letrada en caso de detención, que se proporcionará de oficio, en su caso, (...) y de forma gratuita en el caso de que careciesen de medios económicos".

Por su parte, la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) dispone [artículo 2º.a)] que "en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) (...) los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar". Artículo y apartado cuyos términos "legalmente" y "residan", fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo, de precedente y posterior cita.

Por lo que aquí nos interesa, el artículo 6 de la citada LAJG, determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro de éste, en su apartado 3 la "defensa y representación

gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso".

Pues bien, el contenido de la tutela judicial efectiva que reclama la recurrente estaría integrado por el derecho a la jurisdicción –esto es, por el derecho del recurrente de acceso a la justicia–, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional a fin de llegar a una decisión sobre las pretensiones formuladas (STC 115/1984, de 3 de diciembre); y dentro del proceso, cuenta igualmente con el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien esta resolución puede ser de inadmisión, si así procede.

Como con reiteración ha expuesto el Tribunal Constitucional, es evidente que el órgano judicial no puede admitir una demanda o recurso improcedente con base en razones de índole material, por cuanto está en juego la seguridad jurídica y los derechos de otros justiciables, pero la inadmisión –en este caso, el archivo– es una decisión grave, que debe ser adoptada con prudencia y estricta necesidad. Por otra parte, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho implica que en su adopción se proceda a la aplicación de las normas pertinentes y no las derogadas, inconstitucionales o inaplicables por razón de distribución territorial de competencias (SSTC 18/1981, de 8 de junio, 41/1986, de 2 de abril y 1/1987, de 14 de enero).

Ello implica, en esta materia, el derecho a la interpretación del sistema procesal de modo antiformalista con base en el principio *pro actione*. Es evidente que las formas procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, por lo que no puede dejarse al arbitrio de las partes ni su cumplimiento ni la decisión del momento en que van a cumplirlas, por cuanto el artículo 24 CE no puede ser entendido como un salvaconducto procesal. Mas, frente a ello, la exigencia de formalismos no estrictamente necesarios ni legalmente establecidos puede significar, en caso de resolución desfavorable por tal motivo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, no toda irregularidad formal es obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determina así de forma taxativa (SSTC 3/1983, de 25 de enero, 102/1984, de 12 de noviembre, y 69/1987, de 22 de mayo; SSTS de 16 de diciembre de 1983 y 9 de mayo de 1984).

Desde la anterior perspectiva la Sala de instancia no debió proceder al archivo de las actuaciones, una vez que constaba en autos una petición expresa de designación de Procurador y Letrado con la finalidad de continuar la representación y defensa ante la nueva sede jurisdiccional.

Una interpretación que no se limite a la estrictamente literal del artículo 16.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, conduce a la mencionada conclusión. Esto es, si bien es cierto que el artículo 16.1 dispone que "la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso", también lo es que el apartado segundo añade que "no obstante, a fin de evitar

que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Juez, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia".

b) Inadmisión

a') Es posible declarar la inadmisión antes de reclamar el expediente administrativo

La **STS de 9 de febrero de 2007,** Ar. 1879, ha señalado que el artículo 51.1 LJCA establece que "el Juzgado o Sala, previa reclamación y examen del expediente administrativo, si lo considera necesario, declarará no haber lugar a la admisión del recurso...", de manera que el Tribunal está facultado por la Ley para acordar esa inadmisión aun antes de reclamar el expediente si entiende que con los datos ya obrantes en las actuaciones consta de modo manifiesto e inequívoco la concurrencia de una causa de inadmisión. La Ley no "exige" la reclamación del expediente antes de acordar la inadmisión.

b') La falta de acuerdo previo no puede ser apreciada como causa de inadmisión si antes no se dio la posibilidad de subsanar

La **STS de 6 de febrero de 2007,** Ar. 3308, nos recuerda la jurisprudencia (STS de 10 de marzo de 2004) que viene entendiendo que, en los casos de apreciación de oficio del defecto procesal (artículos 129.2 LJCA de 1956 y 138.2 LJCA de 1998) el Tribunal se encuentra obligado a señalar al demandante un plazo de diez días para que proceda a subsanarlo, con suspensión en su caso del plazo para dictar sentencia, y con la consecuencia de que la Sala no puede apreciar la existencia del defecto si no ha ofrecido antes a la parte que hubiera incurrido en él la posibilidad de subsanarlo dentro del plazo previsto en el artículo 129.2 LJCA (actual 138.2 LJCA de 1998).

La cuestión, sin embargo, ha provocado discrepancias en el supuesto en que el defecto procesal se suscita por una de las partes (artículo 138.1 LJCA), como acontece en el supuesto de autos. Y es cierto que ha existido una abundante jurisprudencia (SSTS de 23 de noviembre de 1976 y 26 de enero de 1988) que ha venido declarando que cuando se pone de manifiesto un defecto de capacidad procesal para el ejercicio de acciones en nombre de un ente público, recae sobre la parte que ha incurrido en él la carga procesal de subsanarlo y, en consecuencia, de acreditar, siempre que se haya negado de contrario, que ha sido tomado el oportuno acuerdo por el órgano al que estatutariamente se halla encomendada tal competencia. Esto es, que la simple puesta de manifiesto del defecto llevada a cabo en el escrito de alegaciones previas, contestación a la demanda, escrito de conclusiones o en cualquier otro trámite que ponga de manifiesto el defecto, sin otorgar formalmente a la parte el específico trámite de subsanación, obliga a la expresada en el término de diez días, con la fatal consecuencia de la inadmisibilidad del recurso "al deber de recaer sobre la parte negligente y pasiva el subsanar todas las consecuencias de

un defecto que ha podido y no ha querido o sabido subsanar". Así, SSTS de 11 de junio de 1992; 18 de enero de 1993; 2 de noviembre de 1994; 10 de febrero de 1995; 17 de febrero, 8 de mayo, 6 de julio, 17 y 26 de octubre de 1996; 20 de enero y 13 de mayo de 1997; 30 de abril, 12 de junio y 8 de julio de 1998; 20 de abril y 8 de julio de 1999, así como la ya citada de 3 de junio de 2002, que cuenta con un voto particular, y que considera "decisiva la negligencia y pasividad en la de un defecto que ha sido puesto de manifiesto en el proceso y que ha podido ser corregido".

Mas, frente a tal línea jurisprudencial, se ha abierto paso la que impone que, en todos los casos de defectos subsanables, se otorgue a la contraparte la posibilidad formal de remediar el defecto procesal, como condición imprescindible, para el caso de que pretenda fundarse en él para inadmitir el recurso. Así se expresan las SSTS de 5 de junio de 1993; 16 de mayo y 20 de octubre de 1994; 26 de octubre de 1996; 23 de mayo de 1997; 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998; 26 de noviembre de 2002, y 16 de febrero de 2004.

El principio de tutela judicial efectiva –que abarca el derecho de acceso al proceso por parte de los entes públicos cuando la Ley les reconoce legitimación–, exige, en una interpretación favorable al principio *pro actione*, que, cuando se advierta en la comparecencia un defecto de capacidad procesal que pueda ser subsanado, se concede al ente interesado la facultad de hacerlo, de tal suerte que la falta de otorgamiento de manera expresa de esta oportunidad de subsanación, exigible de acuerdo con la efectividad de aquel derecho fundamental y específicamente prevista para el trámite que estamos considerando por el artículo 57.3 LJCA de 1956, hace insuficiente la genérica posibilidad de subsanar los defectos denunciados por la contraparte que concede el artículo 129.1 (hoy 138.1) de la misma Ley, y determina la imposibilidad de acordar, fundándose en la falta cuya subsanación debió ser ofrecida y no se ofreció, la inadmisibilidad del recurso.

Esta interpretación es más acorde con el citado principio *pro actione* y con la adecuada interpretación del artículo 129 (hoy 138), y supone entender que este precepto no excusa al Tribunal de ofrecer expresamente la subsanación cuando ésta sea admisible. Es la línea seguida por las SSTS de 26 de octubre de 1996 (que cita las de 5 de junio de 1993, 26 de marzo y 2 de julio de 1994), 23 de mayo de 1997, 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998. Así, también, debe hoy deducirse de los términos –más expresos– del actual artículo 45.3 LJCA, en relación con el 138.3 de la misma Ley, por cuanto dispone que sólo cuando el defecto no se subsane debidamente en plazo podrá decidirse el recurso con fundamento en tal defecto; precisión que puede ser interpretada en el sentido de que es necesario, en todo caso, que el Tribunal haya ofrecido formalmente la posibilidad de subsanar cuando el defecto sea decisivo para la razón de decidir del recurso.

F) Medidas cautelares

a) Debe suspenderse cautelarmente la ejecutividad de las licencias de obras

Para la **STS de 13 de abril de 2007,** Ar. 3296, mientras que el posible perjuicio por la demora en construir para la titular de la licencia de obras resulta fácilmente reparable

mediante una cóngrua indemnización en el caso de que la acción ejercitada por la Administración de la Comunidad Autónoma fuese desestimada, tal reparabilidad no resulta predicable de los perjuicios derivables de la edificación llevada a cabo al amparo de una licencia declarada ilegal, puesto que, además de ser imposible reponer el suelo a su estado primitivo, supondría cuantiosas indemnizaciones a cargo del propio Ayuntamiento, que concedió indebidamente la licencia, para reparar todos los perjuicios causados por las demoliciones, siendo más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición, aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiese derecho a edificar, que permitir que se construya cuando la indemnización a pagar a aquéllos y sucesivos adquirentes, si hubiese que derruir, sería mucho mayor por haberse concedido ilegalmente la licencia, lo que justifica plenamente la ponderación de intereses efectuada por el Tribunal *a quo* para inclinarse en favor de la suspensión cautelar de los efectos de la licencia.

b) Inaplicabilidad del criterio de la apariencia de buen derecho

La **STS de 13 de abril de 2007,** Ar. 3296, reitera que no es admisible, para administrar justicia preventiva o cautelar, analizar el conflicto e indagar acerca de la apariencia de buen derecho de la pretensión, dado que no es procedente anticipar una solución, aunque sea provisional, si se carece de suficientes elementos de juicio para ello, entre otras razones porque no ha sido posible articular la contradicción con suficientes garantías.

c) Es necesario realizar la ponderación de intereses en juego

La **STS de 7 de febrero de 2007,** Ar. 1702, nos reitera la necesidad de una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Pero la ponderación de éstos, hecha por el Alto Tribunal al colocarse en la posición requerida por el artículo 95.2.d) LJCA, exige mantener la medida cautelar adoptada, extendiéndola a un nuevo acuerdo porque las circunstancias en que se sustenta éste siguen dejando en pie la posibilidad de que la edificación autorizada no se adecue a las normas del planeamiento en aspectos de tanta entidad como son los relativos a la preservación de los suelos no urbanizables.

G) Extensión de efectos

a) No es idéntica la situación de quien no solicitó sus vacaciones en plazo

La **STS de 14 de marzo de 2007,** Ar. 2002, ha reconocido que no existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que a diferencia de lo que sucede en el caso del funcionario favorecido por la sentencia cuya extensión de efectos se reconoce en los Autos recurridos y que solicitó oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año antes de que éste concluyera, en el caso de la funcionaria que solicita la extensión de efectos no hay constancia de que ésta haya solicitado en ningún momento a la Administración el disfrute de las vacaciones anuales correspondientes, ya que el carác-

ter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que ellas se refieren, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente y ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto Articulado de 7 de febrero de 1964) y en las Instrucciones de 21 de diciembre de 1983 y 27 de abril de 1995.

b) La situación jurídica ha de ser idéntica y no lo es la de quien no recurrió contra el acto administrativo

La **STS de 21 de febrero de 2007,** Ar. 2053, señala que el primer requisito exigido por el artículo 110.1 LJCA para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme es que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas a otras distintas y que consiste en "que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo".

Las situaciones jurídicas deben ser no iguales o equivalentes sino idénticas y no son idénticas dichas situaciones cuando los favorecidos por la sentencia cuyos efectos se pretenden extender interpusieron recurso contencioso-administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo, mientras que el solicitante de la extensión consintió la mencionada resolución y, cuando conoce que el recurso promovido por otros había prosperado, trata de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa al no recurrirla, pretende reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiese impugnado en tiempo y acude para ello al artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción, obteniendo una Resolución del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social que subraya que "en el caso que nos ocupa no existe, a juicio de esta Entidad, una perfecta identidad de situaciones jurídicas entre los interesados. Ante todo, además, hay que señalar que el solicitante jamás accionó (ni en vía administrativa, ni en vía judicial) contra el acto de asignación de la liquidación de la productividad que le fue debidamente notificado y que, por tanto, ha de considerarse firme y consentido. Por contra, los demás actores sí recurrieron este acto tanto en vía administrativa como judicial".

El artículo 110 LJCA tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública y tiene su aplicación, en cuestiones de personal, cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada que ha realizado sin interponer recurso contra el acto en cuestión, consintiéndolo y determinando su firmeza.

Es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos

consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma y nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo haya quedado sin efecto en el supuesto del artículo 110 de la citada Ley Jurisdiccional. El mencionado precepto tiene un amplio campo de aplicación para conseguir la extensión de los efectos de una sentencia a funcionarios del mismo colectivo o grupo cuando no han consentido un acto expreso que les exige una determinada conducta y se trata de restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios.

En suma, el artículo 110 LJCA no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que lo han consentido, al no impugnarlo en tiempo.

c) No se puede exigir el requisito de recurrir contra el acto administrativo a quien pretende la extensión de efectos antes de la reforma de 2003

En el **voto particular** que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Eduardo Calvo Rojas a la **STS de 21 de febrero de 2007,** Ar. 2053 y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. don José Díaz Delgado, se afirma que el argumento recogido en la sentencia de que la finalidad del artículo 110 LJCA es evitar la repetición de procesos idénticos sobre los llamados actos masa, y que contra el acto consentido no cabe abrir proceso alguno, por lo que no existe necesidad de evitar la repetición, no es suficiente para demostrar que el legislador ha pretendido excluir los supuestos en los cuales ha existido una actuación administrativa previa denegatoria no recurrida en vía contencioso-administrativa. En efecto, si se exige que se haya interpuesto previamente recurso contencioso-administrativo contra el acto o la liquidación tributaria respecto de la cual se pretende la extensión de los efectos de la sentencia, dicha extensión sólo podrá conseguirse mediante la suspensión del proceso ya iniciado aplicando el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción y, en relación con él, el artículo 111. Por consiguiente, es razonable entender que la extensión de efectos a que se refiere el artículo 110 –el cual inequívocamente contempla un supuesto distinto del establecido en el artículo 111– se refiere a un supuesto distinto de aquel en que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa previa.

Por otra parte, es lícito pensar que la finalidad de evitar recursos reiterativos se consigue mejor permitiendo que no todos los afectados estén sometidos a la carga de recurrir cada uno de ellos por separado el acto o actos administrativos dictados en masa y reconociendo como suficiente la interposición de recurso por uno o varios de ellos para que, una vez conseguida sentencia firme favorable, puedan los demás solicitar la extensión de efectos en su favor. Parece razonable concluir que no deja de ser idéntica por esta simple circunstancia la situación jurídica entre aquellos administrados que recurren contra la actuación administrativa y aquellos otros que optan por aguardar a que se produzca una sentencia judicial firme que les permita solicitar la extensión de sus efectos.

El principio de acto consentido, fundado en el principio de seguridad jurídica, constituye una limitación al derecho a la tutela judicial ("sacrificio", dice la Exposición de Motivos de la Ley) y, por consiguiente, debe ser interpretado restrictivamente y no es aplicable más que en los supuestos que establezca la ley. En este caso, la Ley lo aplica a la admisión de recurso contencioso-administrativo (artículo 28 LJCA) pero no a la extensión de los efectos de la sentencia (artículo 110 LJCA). No es difícil advertir en este distinto régimen una voluntad de reconocimiento efectivo del derecho a la tutela judicial en relación con el principio de igualdad, el cual padece cuando los tribunales reconocen el derecho de un administrado y no pueden hacerlo respecto de otros ciudadanos que se encuentran en idéntica situación jurídica, los cuales se ven tratados de modo diferente por la circunstancia de no haber impugnado la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico dentro de los breves plazos establecidos para la interposición de los recursos administrativos y contencioso-administrativo.

Tras la modificación introducida por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el artículo 110 LJCA excluye de manera expresa la extensión de efectos cuando para el interesado hubiese recaído resolución administrativa que fuese consentida y firme por no haberse promovido contra ella recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, esta modificación de la ley no significa que el propósito del legislador estuviera ya presente en el texto que se modifica, ni que la interpretación correcta de éste deba hacerse en el sentido de la modificación más tarde introducida, sino que más bien permite presumir que ha existido un cambio de criterio respecto de la regulación primitiva. Así, son de gran peso los argumentos favorables a entender que antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003 el requisito de la inexistencia de actividad administrativa consentida no era exigible: A) Este requisito no lo exigía, en sus términos literales, el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción (hasta la reforma a que me he referido, la cual ha modificado el texto en este punto). B) En el Proyecto de ley aprobado por el Gobierno que dio lugar a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998 se incluía expresamente como requisito para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia en favor de terceros "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". Este inciso, como es sabido, fue suprimido durante la tramitación parlamentaria desde el Dictamen de la Comisión. Las críticas doctrinales al Proyecto de Ley que a la sazón se produjeron permiten afirmar que la supresión se fundó en la finalidad de evitar que el precepto, que permite evitar diferencias de trato entre los administrados que se hallan en idéntica situación, quedara en la práctica sin contenido, puesto que la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo denegatorio impide la aplicación del artículo 110 y reconduce el supuesto a la aplicación del artículo 111, que se refiere a los recursos contencioso-administrativos idénticos, los cuales pueden ser suspendidos durante su tramitación con la finalidad de extender los efectos de las sentencias dictadas en los recursos primitivamente resueltos. A su vez, la justificación de la enmienda parlamentaria mediante la cual se introdujo esta modificación "lejos de entender que el texto daba por supuesto este requisito sin necesidad de incluirlo" no dejaba lugar a dudas acerca de que se perseguía la extensión de los efectos de la sentencia a todos aquellos que se encontrasen en la misma situación, aun cuando no hubieran interpuesto recurso, pues

se argumentaba como fundamento de la corrección propuesta "evitar posibles supuestos de indefensión y evidentes agravios comparativos injustificables; todos deben beneficiarse de la situación más favorable". C) La exigencia, antes de la última modificación legislativa, de que no exista resolución administrativa que haya causado estado sobre la materia para que pueda solicitarse la extensión a terceros de los efectos de una sentencia supone una extensión del principio de acto consentido "en contra de los criterios de interpretación restrictiva que deben presidir su aplicación" a un supuesto no previsto en el artículo que lo establece (artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción), y a una materia, como es la de la ejecución de las sentencias, que se rige por principios distintos de los que imperan en la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto: al casarse un Auto resolutorio de una alegación previa deben devolverse las actuaciones a la Sala *a quo* para que conteste la demanda

La **STS de 27 de marzo de 2007,** Ar. 3148, analiza un supuesto en el que el auto recurrido en casación ha acogido una alegación previa, por lo que, al casarlo y dejarlo sin efecto, la consecuencia jurídica no es otra que la que con toda claridad se desprende de lo dispuesto en el inciso final del número 3 del artículo 59 LJCA, esto es, ordenar a la parte que formuló aquella alegación previa que conteste a la demanda en el plazo que le reste, prosiguiendo tras ello los sucesivos trámites del procedimiento hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo por la Sala de instancia.

B) Inadmisión

a) Al invocarse el motivo del artículo 88.1.d) LJCA deben concretarse las sentencias que se consideran infringidas

Las **SSTS de 11 de enero de 2007,** Ar. 1680 y **de 18 de enero de 2007,** Ar. 1681, coinciden al recordarnos que en el motivo que se formula al amparo del artículo 88.1.d) LJCA que dice denunciar la infracción de la jurisprudencia, se deben citar sentencias del Tribunal Supremo, sin que sea admisible la mera trascripción de un párrafo de una sentencia sin decir a cuál corresponde, sin que, obviamente, sea misión del Tribunal Supremo tratar de indagar a qué resolución judicial se refiere la parte actora.

b) Al amparo del motivo previsto en el artículo 88.1.d) LJCA no puede invocarse la infracción de preceptos de carácter genérico y programático

Las **SSTS de 11 de enero de 2007,** Ar. 1680 y **de 18 de enero de 2007,** Ar. 1681, nos recuerda que al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, no se puede citar como infringido el artículo 13.4 de la Constitución ya que éste se trata de un precepto de

la Constitución que no tiene por contenido regular los requisitos precisos para obtener el derecho de asilo y la condición de refugiado, sino que se limita a reconocer con carácter general y programático el derecho de asilo.

C) Motivos

a) En el motivo del artículo 88.1.d) LJCA no pueden reproducirse sin más los argumentos esgrimidos en la instancia

La **STS de 18 de enero de 2007,** Ar. 1683, desestima un motivo de casación por su deficiente articulación, al carecer del contenido crítico de la sentencia de instancia que resulta imprescindible en el recurso extraordinario de casación, pues en el escrito de interposición se limita a reiterar, incluso de forma literal, lo expuesto en su demanda pero nada dice sobre la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia.

Se nos recuerda la jurisprudencia consolidada y uniforme que ha declarado que la finalidad del recurso de casación no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia –o el auto– de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (artículo 1.6 del Código Civil). No es, por tanto, un recurso ordinario como el de apelación, que permite un nuevo examen del tema controvertido fáctica y jurídicamente, sino un recurso que sólo de modo indirecto, a través del control de la aplicación del Derecho por el Tribunal *a quo*, resuelve el concreto caso controvertido.

b) En los recursos de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo son invocables los motivos del artículo 87.1 LJCA y no es necesario el juicio de relevancia del artículo 89.2 LJCA

Según la **STS de 5 de febrero de 2007,** Ar. 1746, la Ley no exige que se anuncien los motivos de casación en este escrito de preparación. Además, tratándose de la impugnación de autos dictados en ejecución de Sentencia, la jurisprudencia consolidada ya bajo la anterior Ley reguladora, que sigue siendo aplicable bajo la vigente, ha precisado que no son invocables los motivos relacionados en el artículo 88.1 sino los del artículo 87.1.c) de la LJCA. Es decir, que dichos autos resuelvan cuestiones no decididas directa o indirectamente por la Sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Tampoco es necesario el juicio de relevancia al que se refiere el artículo 89.2 LJCA cuando el recurso se dirige contra alguno de los autos relacionados en el artículo 87.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

J. BARCELONA LLOP

La Protección Civil Municipal

[Iustel, Madrid, 2007, 340 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

La obra que nos presenta el profesor Javier BARCELONA aborda un tema de máxima actualidad y que a todos como ciudadanos nos interesa, la protección civil municipal.

Se centra fundamentalmente en las competencias y potestades de las que disponen los municipios en esta materia, analizando para ello tanto la normativa estatal como autonómica no sólo de régimen local sino también la específica en el tema objeto de análisis. Por tanto ofrece un estudio de la normativa vigente de sumo interés y que aporta una visión completa del panorama jurídico actual, aunque no renuncia, como buen jurista que es, a su análisis minucioso y crítico, desdeñando una mera descripción de las normas.

Para tal estudio esta monografía se divide en dos partes, la primera dedicada a cuestiones jurídicas básicas de la protección civil, sin cuyo conocimiento difícilmente puede adentrarse uno en el análisis de la protección civil municipal. Como el propio autor adelanta en esta parte se estudia lo que la protección civil es para el Derecho.

Así y tras la introducción general a través de la cual el autor nos sumerge en la materia, en esta primera parte comienza mostrando las distintas normas que en dos décadas se han venido sucediendo en este tema y que han fijado también lo que hoy se entiende conceptualmente por protección civil. Pasando más tarde al estudio de las bases constitucionales y concluyendo con una crítica de la aplicación a la protección civil del concepto de servicio público.

Una vez se ha trazado el marco en que se debe entender la protección civil y ya en la segunda parte, se adentra plenamente en la protección civil municipal. Trabajo que se acomete a lo largo de tres capítulos.

El primero se refiere a la normativa relativa a las competencias municipales en materia de protección civil, estudiando tanto la normativa de régimen local como la propia de esta materia y cómo en éstas se fijan esas competencias municipales.

El siguiente capítulo, como el autor explica, se centra en las técnicas y estructuras en que se plasman las competencias previamente estudiadas. Y concluye esta segunda parte y por tanto la obra con un análisis del papel concreto de los Alcaldes en la protección civil, ya que las distintas normas les atribuyen la facultad de adoptar las medidas oportunas en caso de catástrofe, de infortunios públicos o de grave riesgo de los mismos.

Cierra esta interesante y elaborada obra con una nota bibliográfica, donde pueden consultarse las principales referencias bibliográficas en la materia.

R. **PARADA VÁZQUEZ** y A. **FUENTETAJA PASTOR** (directores))

Reforma y retos de la Administración Local

[Marcial Pons, Madrid, 2007, 439 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Esta obra colectiva en la que han participado casi una veintena de autores, especialistas en las diversas materias que se tratan y, especialmente, en Derecho Local, nos aproxima a una gran variedad de frentes en los que la Administración Local ha de luchar, sin olvidar por otra parte las claves históricas y jurídicas esenciales para comprender la situación actual de los entes locales y sus nuevos retos.

De este modo se encuentran trabajos que explican minuciosamente la evolución histórica de la descentralización municipal, la autonomía local, el régimen y competencias locales, las relaciones con otras Administraciones, las novedades que supondría la aprobación del Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración Local, la calidad democrática de las Administraciones Locales y la lucha contra el transfuguismo.

Mientras que de otro lado también se abordan temas tan actuales como la revolución tecnológica y sus consecuencias para la Administración Local, especialmente desde el punto de vista de los retos que ello comporta, así como la protección de datos personales y particularmente aquellas cuestiones en que esta materia entra en contacto con la Administración Local.

Y cómo no, este trabajo no podía olvidarse de otros temas claves en materia local y de máxima actualidad, como son de un lado diversas cuestiones relacionadas con los servicios públicos y el desarrollo urbano sostenible, así como la agricultura o los actos tributarios y su revisión.

De este modo esta obra ofrece una visión global del antes, el hoy y el futuro de la Administración Local, que constituye una referencia ineludible para todo aquel interesado en esta Administración territorial y su importante labor.

J. **GUILLÉN CARAMÉS** (director)

El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario

[Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 969 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Ante la oleada de liberalizaciones que multitud de sectores que nos rodean han venido experimentando en los últimos tiempos y algunos aún lo hacen, se precisan estudios que como éste aborden el régimen jurídico de aquéllos desde una perspectiva lo más global y a la vez minuciosa posible. Éste es el caso de los comentarios a la Ley del Sector Ferroviario que dirige el profesor Javier GUILLÉN, bien conocedor de estos temas y especialmente del Derecho de la Competencia que, sin duda, supone la otra cara de la moneda o la otra perspectiva a adoptar respecto de los servicios públicos liberalizados.

Si bien como se ha señalado muchas de estas actividades económicas se han abierto a la libre competencia por completo, no ha sucedido aún así con el transporte ferroviario que se encuentra aún en una fase temprana de este proceso liberalizador, de ahí sin duda la actualidad del tema que responde igualmente a la nueva regulación que en la materia ha introducido la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, donde se regulan esas distintas fases por las que esta liberalización ha de ir sucediéndose.

No obstante, ha hecho bien el director de esta obra al no titularla exclusivamente como unos comentarios a la citada Ley, pues realmente es mucho más, es un estudio de los muy diversos aspectos a tener presentes en la materia, como seguidamente se verá, que aunque siga de base la Ley no comenta precepto a precepto sino que cada capítulo constituye un estudio profundo de la materia concreta objeto de estudio, llevado a cabo además por expertos en cada uno de los temas tratados.

Así este libro comienza con una primera parte en que se analizan cuestiones generales, pero a la vez básicas, del sector, como es una evolución histórica de la normativa al respecto, la liberalización y apertura a la competencia de este sector, la ordenación territorial del sector ferroviario y finalmente el objeto y finalidad de la Ley.

Ya en la segunda parte se entra en materia organizativa, dedicando a este tema cuatro capítulos referentes respectivamente a la entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF), a la entidad pública empresarial "RENFE-Operadora", al Registro especial de Entidades Ferroviarias y al Comité de Regulación Ferroviaria.

La tercera parte se destina a la infraestructura ferroviaria, que comprende ocho capítulos que van desde la Red Ferroviaria de Interés General, hasta las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada, pasando por la planificación de las infraestructuras, su relación con la ordenación del territorio y el urbanismo, el proyecto y construcción, los pasos a nivel, las limitaciones a la propiedad o el acceso a la red ferroviaria.

En la parte siguiente se trata el tema del transporte ferroviario, tanto desde la perspectiva de las empresas que lo prestan como de los usuarios, todo ello a través de cinco capítulos.

La quinta y última parte se refiere a la actividad de limitación en el sector y abarca tanto el tema de la seguridad en el transporte ferroviario como la inspección y el régimen sancionador.

Finalmente se incluyen en el anexo legislativo tanto la Ley del Sector Ferroviario como el Reglamento del año 2004, prueba de que los trabajos que lo preceden no se limitan al comentario de los preceptos de ambas normas, siendo así que ni se reproducen en el cuerpo central de este libro sino en el mencionado anexo.

Por tanto, esta obra no sólo nos adentra en el tema primordial del transporte ferroviario sino que nos ofrece un estudio pormenorizado de cuantas cuestiones principales inciden en el tema, y lo que es más importante, a través de verdaderos trabajos de investigación de cada uno de los colaboradores.

J.A. **FUENTETAJA PASTOR**
(Prólogo del profesor Ramón Parada Vázquez)

La Administración Europea. La ejecución europea del Derecho y las Políticas de la Unión

[Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 481 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En un momento como el actual en que la Unión Europea ha adquirido tanta importancia y su Derecho incide de forma considerable en el ordenamiento de cada Estado miembro, el autor de esta monografía nos ofrece un estudio que no se refiere como la mayoría a la adaptación y/o ejecución del Derecho Comunitario al sistema español, sino al régimen y papel de la Administración Europea, tema este que nos abre una puerta a la comprensión del funcionamiento de la Unión Europea.

No obstante, y como señala el profesor PARADA en el prólogo a esta obra, ésta no es la primera vez que el autor ha dedicado sus esfuerzos investigadores a estos temas, sino que su preocupación por las instituciones europeas ya ha dado lugar a otros resultados como el libro referente al funcionariado europeo. Cabe destacar igualmente que para

el desarrollo de este trabajo el autor ha llevado a cabo distintas estancias de investigación en centros fundamentales para este estudio, entre otras a través de la prestigiosa beca Marie Curie, y yendo de este modo a la fuente, al conocimiento directo de la materia objeto de estudio.

Este libro se divide en cinco capítulos. El primero de ellos, y como no podría ser de otra manera, se dedica a la evolución de la Administración Europea, comenzando por el primer paso: la Comunidad del Carbón y del Acero, pasando más tarde a la CEE y a la CEEA.

Ya en el capítulo segundo afronta el autor el estudio minucioso de la Comisión como institución ejecutiva y administrativa. El tercer capítulo lo dedica al Consejo, a su evolución y paso de secretariado a administración, así como sus competencias.

El cuarto capítulo se destina al estudio de las Agencias Europeas como un nuevo organismo ejecutivo, concluyendo este interesante libro y que sin duda servirá al lector para comprender el funcionamiento, estructura y entresijos de la burocracia y administración de la Unión Europea, con un capítulo dedicado a la ejecución del Derecho Europeo desde la Administración indirecta a la Administración Europea.

M. **GÓMEZ PUENTE**
(Prólogo del profesor Luis Cosculluela Montaner)

Derecho Administrativo Aeronáutico (Régimen de la aviación y el transporte aéreo)

[Iustel, Madrid, 2006, 865 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El libro que el profesor GÓMEZ PUENTE nos ofrece vuelve a ser, como su obra sobre la inactividad, no una monografía sino un auténtico tratado, en este caso sobre el Derecho Administrativo Aeronáutico.

No se limita a tratar el tema de la evolución de los servicios públicos, en este caso del transporte aéreo, y la intervención de la Administración desde esta perspectiva, es decir, su evolución a consecuencia de las liberalizaciones, sino que afronta todo una panoplia de elementos presentes en este ámbito.

No sin razón el profesor COSCULLUELA MONTANER afirma en el comienzo de su prólogo a esta obra que éste es el estudio más completo que existe en España sobre el Derecho de la navegación y el transporte aéreos en su vertiente de Derecho Público.

De este modo y como muestra de la amplitud de este trabajo basta con exponer someramente los distintos capítulos en que se divide esta obra. Más concretamente este estudio se estructura en catorce capítulos.

En el primero de ellos el autor nos aproxima a la intervención pública de la navegación y el transporte aéreos desde una perspectiva histórica, haciendo un repaso desde el nacimiento del transporte aéreo hasta la Ley de Seguridad Aérea de 2003.

El segundo capítulo está destinado al análisis de la organización administrativa de la navegación aérea y el transporte aéreo, haciendo al igual que en capítulo anterior una exposición histórica imprescindible para conocer la situación actual.

En el siguiente capítulo entra ya en las fuentes del Derecho Administrativo Aeronáutico, exponiendo no sólo las normas del sistema español, sino también la normativa europea, la Comunidad Internacional y la propia autorregulación.

El capítulo cuarto se encarga de la infraestructura de la navegación y el transporte aéreos, tanto en cuanto a la infraestructura de vuelo como de tierra. El quinto capítulo lo destina a la coordinación aeroportuaria y más concretamente a la asignación de franjas horarias.

En el capítulo siguiente se centra en un exhaustivo estudio del Derecho Comunitario del Transporte Aéreo,

destacando la referencia a la liberalización operada en este ámbito, como en mucho otros en los últimos tiempos.

Ya en el séptimo capítulo y punto medio de este libro, se estudia, junto con el siguiente capítulo el régimen jurídico de este transporte, dedicando el primero al acceso a la actividad y el segundo al ejercicio de ésta.

La actividad inspectora y sancionadora en la materia es el objeto de estudio del capítulo noveno, siendo la investigación de accidentes el tema central del capítulo décimo.

En el capítulo siguiente se estudia algo también de relevancia en todo este tipo de actividades liberalizadas, el Derecho de la Competencia en el sector.

No olvida el autor una materia transversal que tiene por ello presencia en la práctica totalidad de las diversas políticas, el medio ambiente, dedicando así el capítulo decimosegundo al transporte aéreo y la protección del medio ambiente.

Finalmente y para concluir este amplísimo estudio los dos últimos capítulos de este tratado se dedican al personal, más concretamente a la ordenación administrativa del personal de vuelo, y a las actividades auxiliares y complementarias del transporte aéreo respectivamente.

No cabe pues, tras esta breve exposición de la estructura de esta obra, insistir en el amplísimo panorama que ofrece el autor en relación con este ámbito, pues ello se pone de manifiesto con la simple lectura de su índice, y por supuesto todo ello con el rigor propio del profesor GÓMEZ PUENTE del que ya nos ha dado cuenta en otras obras.

P. **VALCÁRCEL FERNÁNDEZ**

(Prólogo del profesor José Luis Piñar Mañas)

Ejecución y financiación de obras públicas. (Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa)

[Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 479 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Lo que conocemos por obra pública es la expresión de una idea presente en todo lugar donde existe un núcleo social mínimamente organizado. Es ésta la premisa constatable de la que parte la monografía objeto de presentación, que se centra en el estudio de cómo afrontan las Administraciones públicas las responsabilidades que tienen atribuidas en esta materia.

Estructuralmente la obra está dividida en siete capítulos, si bien estas siete partes admiten, a su vez, una ordenación en dos bloques diferenciados. El primero, constituido por los tres primeros capítulos, se centra en la identificación de los perfiles de una de las piedras angulares del Derecho Administrativo: la obra pública, desatando el "nudo gordiano" de ésta y presentando con ello la esencia de las principales implicaciones que tiene. En este sentido, ha de destacarse que la monografía viene a cubrir una de las lagunas existentes en nuestra bibliografía jurídico-administrativa en la que no se había prestado una excesiva atención a la obra pública como categoría singular. El segundo, integrado por los restantes capítulos, contiene un estudio pormenorizado de dos cuestiones íntimamente conectadas pero diferenciables: las vías a las que puede recurrir cada Administración para afrontar

la ejecución de las obras públicas de su competencia y los sistemas de financiación aplicables para sufragar los costes de dicha materialización.

En lo referente al primero de los aspectos señalados, la construcción de una teoría general sobre las obras públicas, la autora, consciente de la elevada cantidad de ejemplos tan dispares entre sí susceptibles de proponerse como muestras de lo que pueden decirse obras públicas asume que no queda más alternativa que definir la noción de forma abstracta. Propone concebir la institución como "toda actuación encaminada a la construcción, reparación, modificación, o conservación de realidades cuya provisión se encomienda en el ordenamiento jurídico a un poder público en atención a la utilidad colectiva que representan".

A partir de este concepto los aspectos principales de esta parte de la investigación se centran en destacar que:

– Aunque en el plano ideal dentro de la categoría "obra pública" es común distinguir dos momentos diferenciados: el de la fase de su ejecución (fase de actividad, o dinámica) y el del resultado final fruto de la anterior (fase estática), adquiriendo jurídicamente cada aspecto relevancia en un momento distinto y debiendo adecuarse las técnicas administrativas existentes en función de la etapa a la que haya de hacerse frente, no puede negarse que las dos fases están presentes en toda obra pública y de manera conjunta conforman su idea.

– Que pese a que en nuestro Derecho ha venido siendo común vincular el resultado en que se traduce la ejecución de las actividades necesarias para garantizar la existencia de una obra pública, con la categoría del dominio público, la relación entre el dominio público y la obra pública no se puede presentar como absoluta. De tal suerte que si bien es cierto que, por regla general, la ejecución de la actividad que desemboca en el resultado o bien se lleva a cabo sobre un espacio natural que previamente se ha extraído del tráfico jurídico ordinario y se ha demanializado (ej: limpieza de una playa), o bien da lugar a la generación de un elemento nuevo que se engloba entre los bienes demaniales de naturaleza artificial (ej: construcción de un puerto), existen supuestos en los que la vinculación entre la obra pública como resultado y la técnica del dominio público no se produce.

– Asimismo, dada la estrecha relación que siempre se ha dado entre los institutos de la obra pública y del servicio público, la autora ha dedicado una parte de su esfuerzo a señalar los límites entre ambos y, muy particularmente, a estudiar cómo está afectando la liberalización de numerosos servicios públicos a las obras públicas infraestructurales sobre las que se prestan.

Todo ello con la finalidad última de ubicar el lugar autónomo que la obra pública ocupa en el seno del Derecho Administrativo como institución, objetivo que considero queda plenamente satisfecho.

Por lo que atañe al segundo bloque, el relativo al análisis de los medios de ejecución de obras públicas y su pago, el libro recoge un ilustrativo repaso acerca de las alternativas con las que tradicionalmente han contado los poderes públicos para desarrollar la correspondiente política de obras públicas, y nos acerca al cambiante escenario de las sociedades actuales, en las que si bien no se discute el papel activo que han de seguir asumiendo las Administraciones públicas para la ejecución de numerosas obras públicas, sí se aprecian transformaciones relevantes a la hora de identificar cómo afrontar los costes económicos que el cumplimiento de este cometido genera.

En clave actual se explican y caracterizan las dos alternativas de financiación de estas realidades. La financiación pública o presupuestaria y la privada o extrapresupuestaria. La primera gravita sobre los presupuestos de las Administraciones públicas que se nutren en gran medida de los impuestos, o bien financiación conseguida mediante el endeudamiento presupuestario; mientras que la segunda supone que el coste de las obras a las que se aplica no se contabili-

za como gasto en las partidas en que se divide el presupuesto de las Administraciones y en ella el riesgo de la financiación traslada a agentes privados. A partir de estas coordenadas, se desciende en el análisis de las razones que han motivado el que en los últimos tiempos, –y no sólo en nuestro Derecho–, se esté abogando por potenciar los esfuerzos por encontrar adecuadas fórmulas de financiación de obras públicas en las que el papel desempeñado por el sector privado, en el sentido asunción de riesgos, sea preponderante. Entre ellas se cita el, no pocas veces invocado, intento por alcanzar un mayor grado de eficacia y de eficiencia en la redistribución de los presupuestos generales con los que cuentan las Administraciones Públicas o, una circunstancia que ha afectado en particular a los Estados integrantes de la Unión Europea que ha impulsado los esfuerzos por reducir el gasto público como es la meta de alcanzar y mantener los objetivos de estabilidad presupuestaria para poner en marcha la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria.

Es en esta parte del estudio donde se explican con detalle las técnicas vigentes con las que cuentan las Administraciones para ejecutar por sí o a través de la contratación pública la realización de las obras poniéndose de relieve las ventajas o inconvenientes de cada una de ellas. Por una parte, la investigación se adentra en la identificación de los perfiles de lo que haya de entenderse por ejecución directa o por Administración de obras públicas exponiendo los problemas que están surgiendo por la creación de entidades de naturaleza privada pero en mano pública a las que se encomienda la provisión de obras públicas, es decir, cómo han de tratarse las relaciones denominadas *in house providing* en lo que a las obras públicas se refiere. Por otra, ya en el marco de la contratación pública, el libro contiene un meticuloso examen de los medios de ejecución indirecta de obras públicas a través de la celebración de contratos de obra o de concesión de obra pública y las distintas variantes que sobre la base de ellos se pueden proponer, así, el perfeccionamiento de contratos de obra llave en mano o el recurso a la puesta en marcha de técnicas como los peajes en la sombra.

En suma, como vaticina el profesor PIÑAR MAÑAS en el prólogo que precede al libro de su discípula, nos encontramos ante un profundo y completo estudio que no defraudará al que se adentre en su lectura y que "constituye una monografía imprescindible para profundizar en el conocimiento jurídico-administrativo de las obras públicas".

C. **ARANGÜENA FANEGO** (Coordinadora)

Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea

[Lex Nova, Valladolid, 2007, 408 páginas (español), 408 páginas (inglés)]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

El libro aborda un objeto del máximo interés para la protección de los derechos fundamentales: la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales en la Unión Europea. La dificultad de analizar una propuesta normativa, sujeta a negociación, ha sido afrontada por el equipo que coordina la profesora Coral ARANGÜENA mediante la actualización de las ponencias presentadas en el Congreso Internacional que se celebró en Valladolid los días 4, 5 y 6 de octubre de 2006. Debe destacarse que el libro hace ya referencia a la propuesta transaccional y a las conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 12 y 13 de junio de 2007.

Se mantiene en la obra una posición militante a favor de la necesidad de definir estándares comunes de garantía de los derechos básicos aplicables a los procesos penales que tengan lugar en la Unión Europea. Se defiende que se trata de un paso esencial para generar un entorno de confianza que facilite el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Una de

las conclusiones principales es que el artículo 31 TUE aporta una base jurídica suficiente para llevar a cabo la aproximación del régimen de estos derechos a través del instrumento legislativo "Decisión Marco", para lo que se cita como precedente la Sentencia del TJCE en el caso Pupino (asunto C-105/03). En mayo de 2007, se han despejado definitivamente las dudas existentes al resolverse la cuestión prejudicial relativa a la euro-orden con la sentencia recaída en el asunto C-303/05 ("Advocaten loor de werled").

Uno de los temas que el libro aborda con mayor detalle es la relación entre el nivel de garantía de los derechos procesales en la Propuesta de Directiva Marco y la protección que se confiere a estos mismos derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las Constituciones nacionales. Se considera que la propuesta completa la protección que brinda el Convenio, arbitrando garantías concretas que incrementan la efectividad de los derechos de defensa. Por otra parte, se insiste en que las garantías incluidas en la Decisión Marco son subsidiarias y se ven desplazadas por una protección nacional más intensa, por lo que no se produce retroceso alguno respecto de la garantía constitucional de estos derechos por parte de los Estados Miembros.

El lector encontrará información y reflexión acerca de problemas centrales en materia de derechos fundamentales, como la difícil compatibilidad entre la aplicación general de las garantías procesales con la existencia en algunos Estados Miembros de legislaciones especiales sobre terrorismo. La obra analiza otros puntos críticos de la Propuesta, como la definición del momento en el que surge el derecho a la asistencia letrada (desde la declaración inicial del sospechoso o a partir del acto de acusación formal), las limitaciones a la gratuidad de la asistencia jurídica y de la interpretación en el contacto privado entre el abogado y el acusado o el alcance del derecho del detenido a comunicar su detención.

No quisiera cerrar esta reseña sin insistir en que la publicación tiene carácter internacional. La doble versión –en castellano y en inglés– realza esta dimensión y es coherente con el contenido. No nos parece redundante recordar que estamos ante una obra que aborda un tema de dimensión europea, recoge las ponencias de un congreso internacional celebrado en el marco del programa AGIS de la Comisión Europea y maneja una amplia bibliografía en inglés, francés, italiano y alemán. En conclusión, el libro contribuye de forma importante a la construcción del *ius commune* europeo.

MARÍA DÍAZ CREGO

A.M. PÉREZ-MONEO AGAPITO

La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas

[Lex Nova, Valladolid, 2007, 300 páginas]

El libro comentado aborda el estudio de una de las normas más debatidas de la actual democracia española, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, desde una perspectiva jurídica. Desde el momento en que se hizo pública la preparación del proyecto de Ley de Partidos Políticos y, sobre todo, durante la tramitación parlamentaria del proyecto, surgieron intensos y profundos debates sobre la constitucionalidad y la oportunidad del procedimiento de ilegalización de partidos que la norma prevé en su artículo 10.2.c). Esos debates resurgieron en momentos posteriores a la aprobación de la norma, cuando ésta se aplicó por vez primera, disolviéndose Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, y cuando, en ejecución de esta sentencia, se instó la disolución de los grupos parlamentarios de estas formaciones y se impugnó la proclamación de las candidaturas presentadas por agrupaciones de electores que parecían suceder en sus actividades antidemocráticas a los partidos ilegalizados.

La obra reseñada se centra en el análisis de las causas y del procedimiento de disolución de partidos políticos previsto en el artículo 10.2.c) de la Ley de Partidos Políticos, desarrollando este estudio a través de cuatro capítulos perfectamente hilados.

En el primero de ellos, el autor delimita el marco conceptual a partir del cual abordará el análisis del procedimiento de ilegalización previsto en el artículo 10.2.c) de la ley. En este capítulo, el lector se aproxima a las nociones de *pluralismo* y *violencia*, y, a partir de ellas, conoce los dos principales modelos de protección de la democracia, la *defensa de la Constitución* y la *defensa del Estado*. El análisis de las nociones de *pluralismo* y *violencia* permiten al autor explicar la *gran paradoja de la que es víctima la democracia*: la democracia se ve obligada a limitar algunos de los derechos que reconoce para defenderse de sus enemigos. Enfrentada a esta situación, la democracia opta por protegerse, estructurando su defensa en torno a dos grandes modelos, la *defensa del Estado* y la *defensa de la Constitución*.

La protección de la democracia a través del modelo de *defensa de la Constitución* permite declarar ilegales comportamientos que ataquen el orden constitucional, aún sin constituir ilícitos penales o infracciones de normas constitucionales. En esta lógica, sería posible la ilegalización de partidos políticos que ataquen o deseen suprimir los valores sobre los que descansa el texto constitucional, aunque su actividad se mantenga en la más estricta legalidad. La protección de la democracia a través del modelo de *defensa del Estado* es menos incisiva, en la medida en que la ilegalidad de ciertas actividades derivará de su oposición al ordenamiento jurídico y no a los valores subyacentes al mismo. A ojos del autor, la democracia española no ha sido configurada como una democracia indiferente, en cuanto ciertos valores impregnan el texto constitucional. No obstante, nuestro texto constitucional tampoco permite crear instituciones de *defensa de la Constitución*, aunque sí de *defensa del Estado*.

En el segundo capítulo, el autor se aproxima a la naturaleza y a los límites que cabe imponer a la actividad de los partidos políticos en el ordenamiento español, realizando, posteriormente, un análisis de los principales modelos de control de los partidos políticos que cabe observar en Derecho comparado. En esta línea, el autor analiza el caso alemán, el francés, el italiano y el estadounidense, tratando de ubicarlos en los dos grandes modelos de control definidos por Kirchheimer, el *agresivo*, en el que el control está centrado en la ideología del partido, y el *conservador*, en el que el control se efectúa sobre la base de los actos de los afiliados.

En cuanto a la naturaleza de los partidos políticos en el ordenamiento español, el autor subraya su carácter mixto, público y privado. Los partidos políticos son asociaciones y de ahí se deduce su naturaleza privada. Sin embargo, los partidos políticos no son cualquier asociación, en la medida en que ejercen funciones públicas necesarias para el correcto funcionamiento de la democracia. Sobre la base de esa doble naturaleza y a través del análisis de los artículos 6 y 22 de la Constitución Española, el autor concluye que nuestra Constitución permite imponer varios límites internos y externos a la actividad de los partidos. Desde la perspectiva interna, el texto constitucional exige que la estructura y el funcionamiento de los partidos sean democráticos. Desde la perspectiva externa, la Constitución Española establece una serie de límites a la actividad de los partidos en su artículo 22, permitiendo, a su vez, la imposición legal de otros límites a la actividad de éstos (artículo 6 CE), siempre que esos límites respeten el propio texto constitucional. Subraya el autor que la Constitución Española autoriza la imposición de límites a la actividad de los partidos políticos, pero no la imposición de límites a los fines o la ideología de éstos. El sistema español, basado en el modelo de *defensa del Estado*, tolera a las organizaciones partidarias que no comparten los principios y valores centrales de la construcción constitucional, siempre y cuando mantengan su actividad dentro de la legalidad.

El tercer capítulo de la obra emprende un análisis exhaustivo de la posibilidad de ilegalización abierta

por el artículo 10.2.c) de la Ley de Partidos Políticos, estudiando, desde una perspectiva crítica, quiénes están legitimados para iniciar el procedimiento de ilegalización reseñado, qué órgano jurisdiccional es el encargado de juzgar si concurren o no las causas de ilegalización previstas en el ley, qué prueba de los hechos alegados se exige, cuáles son las causas de ilegalización previstas en el artículo 9 de la Ley de Partidos y cuáles los efectos de la sentencia por la que se ilegaliza a un partido político. El análisis detallado de las previsiones de la nueva norma permite deducir, en opinión del autor, que si bien el sistema de control instaurado por la ley española parece basado, en su origen, en el modelo *conservador* definido por Kirchheimer, algunos rasgos del procedimiento lo acercan al modelo *agresivo*.

El cuarto capítulo de la obra analiza el sistema español de control de partidos políticos a la luz de las exigencias impuestas por textos internacionales de protección de los derechos fundamentales, y, especialmente, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el autor estudia si la ley española cumple los requisitos de previsibilidad y accesibilidad exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si persigue un fin legítimo, y si supera los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia referida al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este análisis permite al autor concluir la adecuación de la norma española a los estándares internacionales en la materia.

En fin, la obra comentada constituye un riguroso trabajo de investigación que permite al lector aproximarse a la Ley de Partidos Políticos desde una perspectiva eminentemente jurídica. La obra reseñada aporta los conocimientos necesarios para valorar las modificaciones que esta norma introduce en la regulación española de los partidos desde el contexto de los sistemas de control de las organizaciones partidarias establecidos en el continente europeo y en los Estados Unidos y desde el contexto de las exigencias en materia de protección del derecho de asociación contenidas en importantes instrumentos internacionales, entre los cuales, ha de destacarse el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A. GARCÍA URETA

El domicilio y su régimen jurídico

[Lete, Bilbao, 2007, 245 páginas]

MARÍA NIEVES ARRESE IRIONDO

La protección de los derechos humanos puede considerarse uno de los temas más importantes de la segunda mitad del anterior siglo y, sin duda, del presente siglo XXI. El libro que aquí se comenta trata de uno de los sectores que está teniendo un desarrollo más apreciable desde la perspectiva jurisprudencial, a saber, la tutela del domicilio, aunque, como señala el autor, a lo largo de la historia ha recibido una atención especial en el contexto europeo. El profesor GARCÍA URETA plantea en su trabajo tres niveles de análisis de esta temática, con un desarrollo muy adecuado de éstos debido a su interrelación, a saber, el tratamiento del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), el Derecho comunitario y la doctrina constitucional a la luz del artículo 18 de la Constitución de 1978. Esta perspectiva se justifica por entender que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no sólo es un referente esencial en esta materia, como se refleja con claridad en la doctrina constitucional, sino sobre todo porque resulta cada vez más importante atender a las resoluciones de las instituciones de Estrasburgo en materia de derechos humanos, al ser el CEDH un instrumento vivo que protege derechos reales y no meramente teóricos o ilusorios, y que pretende responder a los retos que la

protección de los derechos humanos plantea en los tiempos actuales, como ha tenido ocasión de señalar el TEDH en numerosas ocasiones.

La doctrina del TEDH es analizada en el libro de manera exhaustiva, tanto en lo que se refiere al sentido general del artículo 8 CEDH y del respeto de la vida privada, como respecto a la jurisprudencia que sobre el domicilio ha ido estableciendo el TEDH. El concepto de vida privada va más allá de una vertiente estrictamente íntima. Es decir, como señala el autor con cita de la jurisprudencia del TEDH, el mantener la propia existencia a cubierto de otras personas representa una faceta de dicho derecho, pero no lo agota. Igualmente cubre el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas. Por lo que se refiere al domicilio, resulta destacable el examen de esta noción, que es autónoma y no depende de una clasificación en virtud de la legislación interna, de la prueba del domicilio, así como del alcance de la misma a los efectos de las personas físicas y jurídicas. Este último aspecto tiene una posición relevante en el trabajo, en el que se examina el caso de los despachos profesionales (asunto *Niemietz*, de 1992) como de personas jurídicas, *v.g.*, sedes de empresas, con el referente fundamental del asunto *Stés Colas Est* (2002) en donde el TEDH ha realizado una clara declaración sobre el alcance del derecho a la vida privada, señalando que en la prolongación de la interpretación dinámica del Convenio, el Tribunal considera que ya es hora de reconocer, en determinadas circunstancias, que los derechos garantizados desde el punto de vista del artículo 8 CEDH pueden ser interpretados para dar cabida a una sociedad, el derecho al respeto de su sede social, su agencia o sus locales profesionales. En este capítulo interesa destacar también el análisis sobre la necesidad de contar con una orden de registro, así como también los requisitos mínimos que precisan éstas y que se derivan de una jurisprudencia que no se puede considerar ya como meramente ocasional.

El segundo capítulo del libro está dedicado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y a una jurisprudencia que ha mantenido una posición divergente con respecto a la del TEDH y que se ha desarrollado a la luz de las expeditivas potestades reconocidas a la Comisión Europea en el contexto del Derecho de la competencia, actualmente recogidas en el Reglamento 1/2003. Sólo tras la sentencia en el asunto *Roquette Frères* (2002) se percibe un posicionamiento acorde con la doctrina del TEDH, aunque el autor percibe que todavía no es completa. Resulta muy interesante también en el examen del Derecho comunitario la referencia a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), que es un organismo que, si bien está adscrito a la Comisión Europea, ejerce sus competencias con total independencia. La potestad de inspección que tiene atribuida este órgano comunitario es analizada, en particular, en el caso de los controles a los parlamentarios europeos, con el referente del asunto *Rothley* (2004), en el que el TJCE ha indicado que en lo relativo a las diversas medidas que la OLAF podía llegar a adoptar en el ejercicio de sus facultades de investigación, "nada" permitía considerar que, cuando tales medidas afectasen a algunos de los diputados del Parlamento, estos últimos careciesen de la tutela judicial. Con todo, como aprecia el autor, la sentencia trasluce con claridad que la inmunidad parlamentaria no resulta un obstáculo para la OLAF y que, en última instancia, corresponde a los parlamentarios oponerse a sus investigaciones si tienen la convicción de que vulneran el Derecho comunitario.

El último bloque está dedicado al alcance del artículo 18 de la Constitución de 1978, examinando el contenido del derecho fundamental allí reconocido, la noción constitucional de domicilio, los casos concretos reconocidos por la jurisprudencia y los supuestos que quedan excluidos del mismo y la jurisprudencia del TC en relación a la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas, en especial con la STC 69/1999. La última sección de este capítulo se dedica al tema de la ejecución forzosa de los actos administrativos y su colisión con la protección del domicilio y el requisito de la autorización judicial prevista en la LOPJ y la Ley 29/1998.

En resumen, el trabajo ofrece una visión actualizada de un tema que, a pesar de haber sido objeto de distintos análisis, sigue ofreciendo novedades en el panorama jurisprudencial, tanto interno como internacional. En este punto, el autor manifiesta su conocimiento de los distintos ordenamientos que analiza y de otros instrumentos que quizás no reciban la atención que debieran merecer, caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con ellos de la labor que realiza el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas interpretando sus disposiciones. Por lo anteriormente reseñado, hay que felicitar al profesor GARCÍA URETA por presentar un trabajo de gran interés por tratar de un tema de constante actualidad y gran importancia social. A la claridad expositiva acompaña una exhaustividad en el tratamiento jurisprudencial, doctrinal y normativo que sin duda será de utilidad para aquellos que precisen conocer esta materia con mayor profundidad.

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.