



Justicia

Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

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

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2007

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] Los derechos fundamentales de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

CARLOS ORTEGA CARBALLO

- [57] De nuevo sobre el caso del aceite de orujo: la STSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006

MARIOLA RODRÍGUEZ FONT

- [29] Una aplicación insuficiente del principio de culpabilidad propio del derecho administrativo sancionador: el caso de las denominadas “falsas alarmas”

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [77] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

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

J. GARCÍA ROCA

- [113] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

- [147] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

- [177] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [185] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

- [207] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

- [221] IX. RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

- [227] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [241] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [245] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

- [257] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

- [275] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

- [295] XV. BIENESTAR, CONSUMO,
EDUCACIÓN Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

G. FERNÁNDEZ FARRERES

Los derechos fundamentales de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

CARLOS ORTEGA CARBALLO

Letrado del Tribunal Constitucional
Letrado del Tribunal de Cuentas

Resumen

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El presente artículo tiene como finalidad dar una idea de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros. Como punto de partida, el Tribunal en la STC 107/1984 clasificó los derechos de los no nacionales en tres categorías, diferenciando aquellos que pertenecen a la persona en cuanto tal, que son inherentes a su dignidad y que, por tanto, no cabe establecer diferencias en cuanto a su régimen jurídico entre españoles y extranjeros; en segundo término, se refirió a los derechos políticos que, salvo excepciones, sólo pertenecerán a los ciudadanos españoles, y, por último, aludió a los demás derechos de los que serán titulares los ciudadanos no nacionales en tanto en cuanto así lo reconozcan los tratados internacionales o las leyes. Consolidada esta clasificación, destaca el análisis realizado por el Tribunal del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros y la asistencia jurídi-

ca gratuita en la STC 95/2003; también es interesante el estudio del derecho de reunión y de asociación en la STC 115/1987, así como diversos pronunciamientos en recursos de amparo que han contribuido a desarrollar la doctrina constitucional sobre este interesante tema. Merece una mención especial la STC 72/2005, que abordó el delicado problema del derecho de entrada en el país, en la que sistematizando la doctrina anterior, el Tribunal reitera que los extranjeros no son titulares de un derecho fundamental a entrar en España. No obstante, no puede dejar de advertirse que en la actualidad se halla pendiente de solución por el Pleno del Tribunal Constitucional una serie de recursos de inconstitucionalidad planteados frente a determinados artículos de la vigente Ley de extranjería, que, una vez más, servirán para actualizar y matizar los criterios constitucionales sobre los derechos de los no nacionales.

Abstract

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE FOREIGNERS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

The present article has as purpose to give an idea of the jurisprudential line of the Constitutional Court on the fundamental rights of the foreigners. As starting point, the Tribunal in the STC 107/1984 classified the rights of non national in three categories, differentiating those that belong to the person as itself, that are inherent to their dignity and that therefore, it is not necessary to establish differences as for their juridical regime among Spanish and foreigners; in second term, he referred to the political rights that, save for exceptions, they will only belong to the Spanish citizens and, lastly, it is mentioned the other rights that will be give to the non national citizens as long as are recognized by the international treaties or the laws. Consolidated this classification, stands out the analysis carried out by the Tribunal of the right to the effective judicial tutelage of the

foreigners and the free juridical assistance in the STC 95/2003; it is also interesting the study of meeting and of association right in the STC 115/1987, as well as diverse pronouncements in protection appeals that have contributed to develop the constitutional doctrine on this interesting topic. It deserves a special mention the STC 72/2005 that approached the delicate problem of the right to enter in the country, in which systematizing the previous doctrine, the Tribunal reiterates that the foreigners are not owners of a fundamental right to enter in Spain. Nevertheless, it cannot be forgotten that at the present time are in the process of solution by the Constitutional Court a series of unconstitutionality appeals against certain articles of the prevailing Law on Aliens, that, once again, will be useful to update and to blend the constitutional criteria on the non nationals rights.

Sumario:

I. Introducción. II. Clasificación de derechos fundamentales. III. Igualdad entre españoles y extranjeros. IV. Principio de no discriminación. V. Derecho a la tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita. VI. Derecho de entrada en España. VII. Derecho de reunión y de asociación. VIII. Situaciones de privación de libertad del extranjero durante la tramitación de expedientes administrativos (devolución, retorno, expulsión, asilo).

I. INTRODUCCIÓN

Para abordar con cierto orden la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, es necesario tener presente la regulación legislativa en este ámbito. Se debe partir de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España, junto con su desarrollo reglamentario; esta ley, sin perjuicio de que el Tribunal anuló determinados preceptos —como posteriormente tendremos ocasión analizar— estuvo vigente hasta el año 2000, año en el que se promulgó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que ha establecido un nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros con un complejo desarrollo reglamentario y con parciales modificaciones (Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre).

Todo este régimen jurídico tiene su punto de partida, como no puede ser de otra manera, en nuestra Constitución y, principalmente, en el artículo 13 CE: “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”

Ante este marco normativo, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en algunos recursos de inconstitucionalidad, concretamente, los interpuestos por el Defensor del Pueblo frente a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España, contra la reforma de la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y, finalmente, el Tribunal ha tenido que analizar la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita. Debe ponerse de relieve que a día de hoy están pendientes de resolución por el Pleno del Tribunal varios recursos de inconstitucionalidad planteados frente a Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000.

Asimismo, el Tribunal ha tenido ocasión de resolver numerosos recursos de amparo directamente relacionados con la materia de extranjería, estableciendo una doctrina concreta sobre diferentes derechos fundamentales.

Como principio para determinar qué derechos fundamentales y en qué condiciones corresponden a los extranjeros, el Tribunal ha partido, en líneas generales, del artículo 14 CE que proclama el principio de igualdad ante la ley, que, si bien se refiere exclusivamente a “los españoles”, se ha entendido como principio válido para ser aplicado a situaciones entre españoles y extranjeros; en este sentido, la propia legislación vigente sobre extranjería ha recogido expresamente el principio de igualdad con el que deben ser tratados los extranjeros en relación con los españoles. Así el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, ha establecido que “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Por tanto, los artículos 13.1 y 14 de la Constitución han sido esenciales a la hora de analizar los derechos fundamentales de los extranjeros en España, sin olvidar la importancia del artículo 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Teniendo presente que el Tribunal ha matizado que “esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991, FJ 5º).

II. CLASIFICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como antes se ha aludido, el Tribunal tuvo la primera ocasión de abordar los derechos fundamentales de los extranjeros mediante la STC 107/1984, el 23 de noviembre; se trataba de determinar si la exigencia de autorización de residencia a ciudadanos de países hispanoamericanos para el reconocimiento de su capacidad de formalizar válidamente contratos de trabajo, vulneraba o no el principio de igualdad. Por primera vez se planteó el Tribunal que, cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio igualdad, se refiere exclusivamente a los españoles y no existe artículo alguno que extienda esta igualdad a los extranjeros. Sin embargo, afirmó que, la inexistencia de tal artículo, que establezca la igualdad de españoles y extranjeros no es bastante para considerar que no existe tal igualdad, y que el trato desigual entre españoles y extranjeros sea siempre constitucionalmente admisible; consideró, asimismo, que el artículo 14 CE no es el único precepto que deba ser analizado en este ámbito, ya que debe tenerse presente también el artículo 13 CE.

De este último precepto extrajo el Tribunal dos importantes conclusiones, la primera es que la igualdad o desigualdad en la titularidad y el ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o de la ley, advirtiendo, por otra parte, que la expresión “libertades públicas” utilizado en el artículo 13 CE no tiene carácter restrictivo y, por tanto, deben entenderse incluidos en ella todos los derechos fundamentales del Título I; como segunda conclusión afirmó que el artículo 13 CE no ha querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros en relación a los derechos y libertades públicas, ya que la Constitución no dice que los

extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuya los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y las leyes, de modo que los derechos y libertades reconocidas a los extranjeros son derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional; sin embargo, añade otro matiz importante: todos los derechos fundamentales de los extranjeros, sin excepción, en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal. Afirmación demasiado tajante que debe ser modulada dependiendo de qué derecho se trate.

Una vez establecidas estas premisas, el Tribunal clasificó los derechos fundamentales con relación a los extranjeros en tres tipos. Dentro de estos derechos entendió que existen unos cuya regulación y configuración legal no pueden tener en cuenta la nacionalidad del titular, se refiere a los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, son aquellos derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.” Consideró que estos derechos pertenecen a la persona con independencia de su nacionalidad y, por lo tanto, el legislador a la hora de abordar su regulación no puede establecer una diferenciación entre españoles y extranjeros para su titularidad y ejercicio, ya que esa diferencia sería contraria a nuestra Constitución. En este grupo estarían, además de los citados en la STC 107/1984, FJ 3º, también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4º), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5º), el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1º), y el derecho de asociación (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3º). Los citados derechos han sido reconocidos expresamente por el Tribunal como pertenecientes a este grupo, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva. En definitiva, se trata de derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento legal desigual respecto de los españoles, por lo que el legislador no podrá “modular o atemperar” su contenido.

En segundo lugar, consideró el Tribunal que existen derechos que sólo pueden pertenecer a los españoles; se refería a los derechos de carácter público del artículo 23 CE, en relación con la participación en asuntos políticos, con las excepciones previstas en dicho artículo; por último, describió un tercer grupo de derechos cuya titularidad y ejercicio corresponderá a los extranjeros según lo dispongan los tratados o las leyes, es decir, se trata de derechos no inherentes a la dignidad de la persona ni tampoco, en principio, excluidos a los extranjeros, y por lo tanto la Constitución se remite a su regulación legal posterior que pudiera establecer ciertas diferencias en el régimen jurídico de los mismos entre españoles y extranjeros. En este grupo estarían derechos tales como el derecho al trabajo (STC 107/1984, FJ 4º), el derecho a la salud (STC 95/2000, FJ 3º), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, FJ 2º), o el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, FJ 3º; 242/1994, FJ 4º; 24/2000, FJ 4º), que no debe confundirse con el derecho fundamental a entrar en España, del que son titulares sólo los españoles, con algunas salvedades (STC 72/2005, FFJJ 4º y 6º).

III. IGUALDAD ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En tanto la Constitución y la Ley no establezcan la desigualdad de trato con respecto a los españoles, los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. No obstante, según ha dicho el Tribunal, el artículo 13.1 CE permite, según que derechos, que de la Ley o de los tratados derive un régimen jurídico para los extranjeros desigual al establecido para los españoles.

La STC 150/1994, de 23 de mayo, resolvió un recurso de amparo en el que la recurrente, de nacionalidad marroquí, residente en Melilla y en posesión de la tarjeta de residencia fue cesada en su puesto de trabajo por carecer del correspondiente permiso para trabajar en España. Invocó la vulneración del principio de igualdad, y el Tribunal declaró que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en el artículo 35 CE, pero sólo en favor de los españoles. Por ello, en la STC 107/1984, FJ 4º, se entendió que el derecho a trabajar era de aquellos derechos “que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. En aquella ocasión, como no existía ninguna disposición que estableciera la igualdad de trato, se denegó el amparo solicitado, pero en el caso de la STC 150/1994, sí existía una disposición administrativa que, de acuerdo con la Ley de Extranjería, establecía una situación de igualdad en favor de la demandante de amparo. La trabajadora se encontraba asentada en la ciudad de Melilla antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, y poseía la documentación exigida por la Administración española para poder residir y trabajar en dicho territorio en atención a su arraigo en la ciudad. En tales circunstancias, consideró el Tribunal que las Sentencias impugnadas vulneraron el derecho fundamental de la actora a la igualdad ante la Ley.

En otro supuesto, el Tribunal Constitucional en la STC 130/1995, de 11 de septiembre, resolvió un recurso de amparo promovido por un ciudadano marroquí, que había trabajado como tripulante en una empresa española y que vio desestimada, tanto por el Instituto Social de la Marina como por los Tribunales del orden social, su solicitud de prestación por desempleo. Alegó el recurrente que dichas resoluciones le habían discriminado por razón de su nacionalidad con vulneración del artículo 14 CE. Como en la STC 107/1984, se plantea de nuevo una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, es decir, ahora la de si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo. De aquella Sentencia se desprende que el derecho que el recurrente invoca como vulnerado (por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí) de percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector, dependerá de que, por ley o por tratado internacional aplicable, ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social.

Consideró el Tribunal que en el supuesto a resolver “no cabe desconocer que por Reglamento 2211/1978 del Consejo de la CEE se ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976,

cuyo artículo 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad”; por ello, al establecer dicho precepto que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la CEE “se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”, el recurso de amparo debía ser estimado.

IV. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El artículo 23 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, establece que “A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social y cultural”.

Seguidamente enumera una serie de actos que tienen carácter discriminatorio, porque en todos ellos concurre la circunstancia de ser realizados en perjuicio de un extranjero “sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”, según expresamente se dice en el precepto. En tal sentido se enumeran: a) los efectuados –por acción u omisión y en el ejercicio de sus funciones– por la autoridad o por funcionario público o por personal encargado de un servicio público; b) los que impongan condiciones más gravosas a los extranjeros que a los españoles o impliquen resistencia a facilitar a aquellos bienes o servicios ofrecidos al público; c) los que impongan condiciones más gravosas, limiten o restrinjan el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio-asistenciales u otro derecho reconocido en la LO 4/2000; d) los que impidan el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente. En los dos últimos supuestos la referencia legal lo es al extranjero que se encuentre legalmente en España. Por último, el mismo artículo 23.2 se refiere a la discriminación indirecta. Bajo la letra e) dice dicho precepto lo siguiente: “Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudique a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.

Por su parte, el artículo 24 prescribe que “La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales, podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos”.

En este ámbito, sobre el derecho a no ser discriminado por razón de raza, conviene destacar la STC 13/2001, de 29 de enero. En el recurso de amparo resuelto por esta Sentencia

se impugnó una resolución administrativa que había denegado la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso formulado contra dicha resolución. Los recurrentes habían solicitado una indemnización como consecuencia de una actuación policial que consideraban discriminatoria por motivos raciales. Dicha actuación había consistido en que el 6 de diciembre de 1992, cuando los demandantes de amparo (un matrimonio y su hijo) descendieron del tren en una estación ferroviaria, la policía solicitó la documentación exclusivamente a la esposa, sólo por ser de color, a fines de identificación, al entender que podía tratarse de una persona extranjera. Ante las protestas del marido, basadas en la discriminación racial que ello parecía implicar, se produjo un traslado a las dependencias policiales existentes en la misma estación, en las cuales, tras comprobar que dicha señora era española, la policía le pidió disculpas y dejó marchar a las tres personas.

La Sentencia, tras recoger la doctrina constitucional establecida sobre la discriminación racial o étnica, aludiendo a su “carácter odioso”, en cuanto incompatible con el respeto a la dignidad humana, alude a los dos tipos de discriminación, la patente y la encubierta. Indica, al efecto, que esta última es “aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo”.

Dice asimismo la Sentencia que “los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa” en las disposiciones que regulan la materia. Y afirma a continuación que “cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”. Pasando al concreto supuesto del recurso, se dice, en primer lugar, que “ha quedado descartado que existiese una orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza”, y, en segundo lugar, que “los demandantes de amparo no denuncian que se produjese un trato ni siquiera incorrecto, sino que atacan la utilización del color de la piel (...) como criterio determinante de que se le pidiese (a la interesada) su documentación”. Se señala, en especial que, según se desprende del relato de hechos probados, “la actuación policial usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española”. Se indica que no hubo actuación desconsiderada de los funcionarios policiales, que “la intervención policial se prolongó únicamente lo imprescindible para lograr la identificación” y que por ello se ajustó “al principio de proporcionalidad que ha de presidir este tipo de actuaciones”. Afirma además la Sentencia que “lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en este caso los ciudadanos extranjeros”.

Por último, tras aludir a los criterios de distribución de carga de la prueba, al haberse alegado “un indicio de discriminación consistente en un trato desigual”, la Sentencia concluye que la Administración ha justificado que “su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. En consecuencia, desestima la demanda de amparo.

V. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Una vez que el Tribunal ha establecido la clasificación de los derechos fundamentales antes mencionada, no tardó en abordar determinados derechos en relación con los extranjeros. Ya en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, se afirmó que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en artículo 24 CE pertenece a toda persona en cuanto tal, ya que es una garantía de su dignidad y, por tanto, no se pueden establecer diferencias en cuanto a la titularidad y ejercicio entre españoles y extranjeros.

En esta Sentencia y con remisión continua a la STC 107/1984 antes citada, se entendió que el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución otorga a “todas las personas”, es un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana conforme al artículo 10.1 CE, y no sólo por la regulación de la propia Constitución, sino porque a esa misma conclusión se llega, después de interpretar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de Roma, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, en todos los cuales el derecho equivalente al que la Constitución española denomina tutela judicial efectiva es reconocido a toda persona sin atención a su nacionalidad.

El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros ha sido recogido expresamente en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

Establecido de forma pacífica que el derecho a la tutela judicial efectiva pertenece a toda persona cuanto tal, el siguiente paso en esta jurisprudencia será el de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros. Este problema no fue abordado por el Tribunal hasta el año 2003, cuando tras un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo frente a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, 1/1996, de 10 de enero, se dictó por el Pleno la STC 95/2003, de 22 de mayo, que a continuación pasamos a analizar.

El artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en cuanto al ámbito personal de aplicación, establecía que “en los términos y con el alcance previstos 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 ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residen legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

En opinión del Defensor del Pueblo el hecho de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo a los extranjeros legalmente residentes, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de los que se encuentran ilegalmente en España, que, con dicha regulación, sólo gozarían de asistencia letrada y asistencia de representación gratuita en los procesos penales y en los referentes al derecho de asilo. De este modo, quedarían fuera de cobertura del derecho a la asistencia jurídica gratuita, todas aquellas cuestiones que afectan al estatuto personal de los extranjeros que no residen legalmente y que no guardan relación con la jurisdicción penal o con el derecho al asilo; en concreto se refería el Defensor del Pueblo a la sanción de expulsión, sanción impuesta por la Administración y para cuya impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria la asistencia jurídica del recurrente y, eventualmente, la representación mediante procurador; por ello consideraba el Defensor del Pueblo que al extranjero que se encontrara ilegalmente en España y que no dispusiera de recursos económicos para contratar la asistencia de los referidos profesionales, al no poder optar a la justicia gratuita, se le impide ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y obtener una resolución judicial de fondo; en definitiva, consideraba que el inciso que exige la legalidad de la residencia del extranjero para poder acceder al beneficio de justicia gratuita era inconstitucional.

Debe destacarse que el Defensor del Pueblo consideraba que el inciso del artículo 2 de la Ley 1/1996 que exigía la residencia legal, vulneraba el artículo 24 CE sólo en la medida en que impedía recurrir las expulsiones administrativas ante el orden contencioso-administrativo, en ningún momento del recurso planteó la igualdad del extranjero y el español en cuanto al acceso al beneficio de justicia gratuita en las demás jurisdicciones. Así lo hizo notar el Abogado del Estado en sus alegaciones. Sin embargo el Tribunal llegó a unas conclusiones discutibles por su extensión.

Adelanta el Tribunal en primer lugar, que el recurso de inconstitucionalidad planteado no había perdido objeto por la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000 y su modificación mediante la Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya que si bien dicha regulación podría entenderse que modificaba la Ley 1/1996, consideró que se mantenía viva la necesidad de dar respuesta al problema planteado, es decir, “si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva lleva consigo la exigencia de otorgar el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo con el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúna la condición de residente legal en España, o si por el contrario la atribución de tal derecho puede ser acordada o denegada por el legislador ordinario sin vinculación a la Constitución”.

Seguidamente analiza la Sentencia la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva, recordando que era ya consolidada doctrina (STC 183/2001, de 17 de septiembre y STC 117/1998, de 2 de junio), la que afirma que el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocido en el artículo 119 CE consagra un derecho constitucional de

carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24 CE, ya que su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia. Ahora bien, consideró que artículo 119 CE al disponer que la justicia será gratuita “cuando lo disponga la ley” establece que no es derecho absoluto e ilimitado, sino que es un derecho de configuración legal, y debe ser el legislador quien establezca las condiciones y requisitos para el acceso a este beneficio; pero también se apresuró a advertir que la libertad del legislador no es tampoco absoluta, sino que debe respetar el contenido esencial del derecho enmarcado en el segundo inciso del artículo 119 CE: deberá, pues, reconocerse este beneficio “en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, éste es el contenido constitucional indisponible por el legislador.

En la STC 16/1994, de 20 de enero, se analizó el régimen general de la asistencia jurídica gratuita establecida en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ella consideró el Tribunal que el contenido esencial de este derecho debe respetar que se sufragen los gastos procesales a quienes de “exigíles este pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar”, en otras palabras, la justicia gratuita debe reconocerse a aquellos que no pueden hacer frente a los gastos originados en un proceso sin dejar de atender las necesidades vitales y las de su familia.

Una vez establecidas estas premisas consideró el Tribunal que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, podrá disfrutar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por legislador ordinario, y continuó afirmando que será el legislador quien determine cuáles son los requisitos para acceder a la justicia gratuita; como recordaba la STC 16/1994, de 20 de marzo, “puede, por ejemplo, fijarlo a partir de límites objetivos, como una determinada cantidad de ingresos, optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los jueces”, pero una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el artículo 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poder beneficiarse del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos; en definitiva, si el extranjero es titular del derecho a la tutela judicial, como reconoció la STC 99/1985, en los supuestos en los que carezca, según la ley, de los recursos suficientes para litigar, debe obtener el beneficio de justicia gratuita con independencia de su situación de legalidad o ilegalidad en nuestro país, circunstancia esta que, en opinión del Tribunal, no puede tenerse en cuenta a la hora de otorgar este beneficio.

En cuanto a los efectos de la Sentencia, aclaró que la estimación del recurso y la anulación del inciso impugnado no llevaba aparejado el reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurídica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los juzgados y tribunales españoles, ya se encontrasen en España o en el extranjero (la extensión del ámbito de la justicia gratuita no puede abarcar a los extranjeros que no se hallen en España), y, en segundo lugar, matizó, que la expresión “que residan en España” habrá de entenderse referida a la situación “puramente fáctica” de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la

referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente; es decir, aclara que será posible acceder a la justicia gratuita para todos aquellos extranjeros que de hecho estén en España. Por último, afirmó que al apreciarse inconstitucionalidad de la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello, podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación “con cualquier tipo de proceso a efectos de cual gocen de la precisa legitimación”.

Esta Sentencia contó con dos votos particulares, en los que, en síntesis, se afirmaba que no parece contrario a la Constitución establecer diferencias entre españoles y extranjeros para poder acceder al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. Los votos particulares pusieron de manifiesto que la Sentencia se excede en sus conclusiones y en el alcance del fallo, ya que, si bien en principio, aceptaban la posibilidad de que el extranjero acceda al beneficio de justicia gratuita para poder recurrir ante los tribunales todos aquellos actos de los poderes públicos que afecten a su estatuto básico (derecho de entrada, expulsión, devolución, asilo) así como a la jurisdicción penal, no debería implicar que el extranjero, con independencia de la legalidad de su residencia, deba ser tratado exactamente igual que el ciudadano español a la hora de poder acceder al beneficio de justicia gratuita para cualquier tipo de procedimiento.

En conclusión, tras la STC 95/2003, el ciudadano extranjero que se halle en España puede acceder al beneficio de asistencia jurídica gratuita en idénticos términos que un ciudadano español, para poder acudir a los tribunales de justicia en cualquier jurisdicción y para cualquier tipo de procedimiento.

Después de esta Sentencia se produjo la modificación de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, mediante la Ley 16/2005, de 18 de julio, que introdujo una nueva redacción del artículo 2, que establece que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita “... los extranjeros que se encuentren en España...”, así como un apartado “e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.”

Tanto la Sentencia estudiada como la reforma apuntada deben ser interpretadas junto con la regulación hoy vigente en la legislación de extranjería; en este sentido, la actual normativa contenida en la Ley 8/2000 (que reforma la Ley 4/2000), en su artículo 22 establece que “Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. 2. Los

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

En definitiva, después de la STC 95/2003, y la modificación operada en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, el artículo 22 de la vigente Ley de extranjería, al diferenciar el alcance sobre el beneficio de la justicia gratuita de los extranjeros, entre “extranjeros que se hallen” en España, en el apartado primero y “extranjeros residentes” en el punto segundo, y estableciendo consecuencias jurídicas diferentes a dichas situaciones, podría pecar de inconstitucionalidad, al contradecir los fundamentos de la STC 95/2003. A este respecto, debe reiterarse que a día de hoy existen varios recursos de inconstitucionalidad planteados contra la ley de extranjería, que, entre otros, impugnan los artículos relativos a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, y precisamente se tacha de inconstitucional esta diferenciación de régimen jurídico entre extranjeros.

VI. DERECHO DE ENTRADA EN ESPAÑA

El artículo 19 CE establece que “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Ya en el ATC 182/1985, de 13 de marzo, ante la denuncia de vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 19 CE frente a una resolución de expulsión declaró el Tribunal que “lo que se establece en el mencionado precepto constitucional no es sino el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de España en los términos legalmente previstos. Ninguna relación guarda, por tanto, dicho precepto con las cuestiones que ahora se plantean, que tienen su origen en la expulsión de un súbdito extranjero del territorio nacional y en la posterior negativa a autorizar su retorno, medidas que, en su caso, afectarían al régimen de extranjería establecido por el artículo 13 de la Constitución y, en consecuencia, serían materia ajena al ámbito de protección del recurso de amparo, de conformidad con lo previsto en los artículos de la Constitución y de la LOTC anteriormente mencionados”.

Sin embargo, pronto se advirtió que para resolver si los extranjeros eran titulares potenciales de los derechos fundamentales del artículo 19 CE, su dicción literal era “insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 CE. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la ley, como se dijo en las SSTC 107/1984, 99/1985 y 115/1987. Y el apartado 2 de este artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, con el alcance

que precisamos en la Declaración de 1 de julio de 1992, y que ha sido objeto de la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992. Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la CE en su artículo 19” (STC 94/1993, de 22 de marzo). A partir de aquí es preciso distinguir entre los diferentes derechos que el artículo 19 CE reconoce a los españoles.

La citada STC 94/1993 declaró que “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE y STC 107/1984, FJ 3º) ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es, pues, lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella”.

Sobre el derecho de entrada de los extranjeros en España, destaca por su importancia la STC 72/2005 de 4 de abril, que analiza el siguiente supuesto de hecho: un ciudadano marroquí pretendió entrar en España procedente de Marruecos bajo la vigencia de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En dicha legislación se establecían como requisitos para entrar en España la presentación de pasaporte y de visado, salvo que el extranjero fuera titular de autorización de residencia en España o documento análogo que le permitiera la entrada, en este último caso no se exigía visado. El ciudadano marroquí presentó pasaporte y un permiso de residencia en su favor, aunque él mismo reconoció que no había estado nunca en España pero que un familiar suyo había tramitado la regularización para él en España y le había mandado por correo la resolución administrativa de regularización. Como refleja la Sentencia en el proceso de regularización que se llevó cabo mediante el RD 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros, se exigía, entre otros requisitos, que el extranjero hubiera estado en España de forma continuada desde antes del 1 de junio de 1999. Como antes se ha señalado el ciudadano marroquí reconoció que nunca había estado en España y que la regularización había sido tramitada por un familiar suyo.

A esta persona se le negó la entrada en España mediante resolución administrativa que motivaba la decisión con el argumento de que carecía de visado o residencia en vigor y pretendía burlar los controles policiales presentando impreso del procedimiento de regularización de extranjeros de la provincia de Tarragona obtenido de forma fraudulenta. La letrada de turno de oficio que asistió al recurrente interpuso los correspondientes recursos, tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa hasta llegar al recurso de amparo en el que alegaba, en primer lugar, la violación del artículo 24 CE, pero por lo que aquí interesa alegaba también la infracción del artículo 19 CE, en relación con el artículo 13 CE, que se habrían vulnerado por no haber permitido la entrada a España del extranjero que había presentado documentación legalmente exigible.

Analizando la pretensión relativa al derecho de entrada en España, la Sentencia pone de manifiesto, en primer lugar, cuáles son los derechos que se contienen en artículo 19 CE. En este sentido, en relación con extranjero que se encuentra en la frontera considera que son dos los derechos de los que se puede hablar, el derecho a entrar y el derecho a la libertad de residencia, pero pone de manifiesto que son dos derechos diferentes; esta diferenciación que parece obvia, la realiza la Sentencia porque el recurrente alegaba la vulneración de su derecho a la libertad de residencia, pero lo que realmente pretendía era entrar en España; considera el Tribunal que “el extranjero que no ha estado nunca en España, como es el caso, no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto, el entrar en territorio nacional”. En este caso el extranjero reconoció que no había estado nunca en España, por tanto, no puede alegar, para pretender entrar en el país, la libertad de residencia cuando a tal residencia sólo podría aspirar si se hubiera encontrado previamente en territorio español.

Por eso considera la Sentencia que, aunque la demanda de amparo se refiere reiteradamente al derecho a residir en España, el derecho que pretendió ejercitar era el de entrar en territorio nacional. Hecha esta aclaración, el Tribunal se plantea si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España, y advierte que la conclusión a la que llegara la Sentencia no será aplicable a supuestos concretos en los que concurren circunstancias especiales, como son, en primer lugar, el régimen jurídico del derecho de asilo, el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, y la situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretender entrar en territorio nacional después de haber salido temporalmente, por último también excluye los supuestos de reagrupación familiar también ajenos al caso objeto de la Sentencia.

En relación con los españoles, afirma el Tribunal, el artículo 19 CE les reconoce cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente el territorio nacional. Sin embargo, a pesar del tenor literal del artículo 19 CE que habla exclusivamente de los españoles, en coherencia con su doctrina considera que, en principio, no excluye el derecho de los extranjeros para que pudieran ser titulares de alguno de los derechos de este artículo y, por tanto, realiza una interpretación del mismo en relación con el artículo 13 CE. Matiza la Sentencia que este artículo se refiere a los extranjeros que se hallan “en España”, por tanto, pone de manifiesto que dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos en general a los miles de millones de extranjeros que se encuentran fuera de nuestro territorio, sino que pretende establecer un régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros que se encuentran en España, es decir, el extranjero al que se refiere el artículo 13 CE, no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España.

Por tanto, se puede extraer una primera conclusión: la literalidad del artículo 13 CE no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros. A continuación realiza una interpretación sistemática para aclarar en qué medida el artículo 13 CE extiende a los extranjeros derechos fundamentales recogidos en el artículo 19 CE, y, con base en los tratados internacionales como parámetro interpretativo, analiza, en pri-

mer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A partir de los artículos 12 y 13 de dicho Pacto se deduce que se reconoce a toda persona que se halla legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él, escoger libremente su residencia, así como derecho a todos a salir libremente de cualquier país; también se garantiza que nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país. El artículo 13, por su parte, reconoce el derecho del extranjero que se halla legalmente en el territorio de un Estado a no ser expulsado salvo como consecuencia de la decisión adoptada conforme la ley; de ambos preceptos se desprende que el derecho a entrar en un país sólo se reconoce a los nacionales del mismo.

Esta misma conclusión se deduce analizando la Declaración Universal de los Derechos Humanos: el derecho a entrar en un país sólo se reconoce a sus nacionales; en último término declara la Sentencia que el derecho a entrar en España sólo es reconocido constitucionalmente a los españoles, como ya estableció en la STC 53/2002, de 27 de febrero, y no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 CE, aunque obviamente tienen derecho legal a entrar y pueden solicitar la protección de este derecho a los jueces y tribunales que lo deberán tutelar de acuerdo con las exigencias impuestas por el artículo 24 CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y que, como venimos diciendo, sí es un derecho fundamental del que son titulares los extranjeros.

VII. DERECHO DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

El derecho de reunión y el de asociación de los extranjeros fueron objeto de pronunciamiento del Tribunal en la STC 115/1987. El artículo 21 CE establece: “1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

La Ley Orgánica 7/1985, en su artículo 7, disponía: “Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugar de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad nacional o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles”.

Consideró la Sentencia que el artículo 21 CE reconoce derechos de reunión pacífica y sin armas sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos del Título I, donde sí existen diferencias; el precepto impugnado por el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad permite el ejercicio de derecho de reunión a los extranjeros, pero para el caso de reuniones públicas exige necesaria autorización del órgano competente administrativo. Esta autorización administrativa previa

consideró el Tribunal que no es un requisito formal, más aun cuando respecto de los españoles no se exige; afirmó que la libertad de reunión sin autorización se constituye como la facultad necesaria para que este derecho sea reconocible y para que se respete su contenido esencial. Entendió que al imponer la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión y consideró que cuando esta autorización administrativa es obligatoria en todo caso, se condicionan las facultades que integran el derecho de reunión hasta hacerlo irreconocible; en consecuencia, declaró inconstitucional el inciso del artículo que obligaba a obtener autorización administrativa del órgano competente.

Es importante señalar que el Defensor del Pueblo no planteó objeción alguna al hecho de que se exigiera la residencia legal del extranjero para disfrutar del derecho de reunión. La Ley de 1985 establecía una diferencia en cuanto al derecho de reunión de los extranjeros, dependiendo de que fueran legales o ilegales; sin embargo, esta diferenciación no fue analizada por el Tribunal ya que no se entendió por parte del recurrente que pudiera vulnerar el artículo 14 CE. En los recursos de inconstitucionalidad que se han planteado contra la regulación vigente de la legislación de extranjería, en la que el derecho de reunión se supedita a la legalidad de la residencia (artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000, “1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”) se considera que la exigencia de la legalidad de la residencia es un requisito que vulnera los artículos 14 y 21 de la Constitución, por tanto, el Tribunal deberá pronunciarse, esta vez sí, sobre si exigir la legalidad de la residencia del extranjero para poder ser titular del derecho de reunión vulnera la Constitución.

Sobre el derecho de asociación el artículo 22 CE dispone que “Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

También fue recurrido por el Defensor del Pueblo el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que regulaba el derecho de asociación de los extranjeros, y que permitía que el Consejo de Ministros pudiera acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros; es decir, se establecía la posibilidad de que una Administración Pública suspendiera una asociación, circunstancia que no recoge el artículo 22 CE para las asociaciones de españoles; se consideraba por el Defensor del Pueblo que esto atentaba directamente contra el derecho de asociación del artículo 22 CE.

Afirmó entonces el Tribunal, censurando el precepto impugnado, que la suspensión y disolución administrativa de las asociaciones eran manifestaciones tradicionales del sistema de fuerte control estatal que ha sido superado, así, el artículo 22.4 CE establece que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada, se establece la garantía del derecho de asociación mediante la intervención del órgano judicial.

La vigente Ley de extranjería dispone en su artículo 8 que “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. Se ha eliminado, por tanto, en la nueva regulación la posibilidad de intervención administrativa para la suspensión o disolución de las asociaciones de extranjeros, pero se establece el requisito de la legalidad de la residencia del extranjero para poder ejercer este derecho; esta cuestión también está sometida en la actualidad al Tribunal mediante recurso de inconstitucionalidad.

VIII. SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LOS EXTRANJEROS SOMETIDOS A EXPEDIENTE DE DEVOLUCIÓN, RETORNO, EXPULSIÓN O ASILO

La posibilidad de que el extranjero pueda ver restringida su libertad deambulatoria durante la tramitación, por parte de la Administración, de los expedientes sobre entrada en el país, o bien en los procedimientos de devolución, retorno o expulsión, e incluso cuando el extranjero solicita asilo político, ha sido una circunstancia regulada tradicionalmente en nuestra legislación sobre extranjería. Se expone a continuación la evolución jurisprudencial al respecto.

La primera ocasión en la que el Tribunal se pronunció sobre este tema fue en el recurso de inconstitucionalidad que el Defensor del Pueblo planteó frente a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, resuelto en la STC 115/1987.

El recurso planteado sostenía, entre otros argumentos, la posible inconstitucionalidad del artículo 26.2 de dicha Ley que establecía en la tramitación del expediente de expulsión de los extranjeros, lo siguiente: “La autoridad gubernativa que acuerde la detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o locales que no tengan carácter penitenciario”. Argumentaba el Defensor del Pueblo la inconstitucionalidad de esta disposición partiendo de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y de la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad (artículo 25.3 CE), por lo que tampoco podría la Administración adoptar este tipo de medidas de internamiento, aun con carácter cautelar; consideraba que la intervención del juez no desvirtuaría la índole administrativa del procedimiento de expulsión. En definitiva, interpretaba el Defensor del Pueblo que con dicho precepto el internamiento se produce exclusivamente con base en la decisión administrativa y con una participación meramente formal de la autoridad judicial.

El Tribunal consideró que la cuestión planteada dependía de la valoración que pudiera otorgarse a la intervención judicial prevista en el precepto impugnado y por ello, si se consideraba que la misma era equivalente a una disposición de la autoridad judicial que

recoge el artículo 17.2 CE, el precepto sería respetuoso con las garantías constitucionales. Analizó el precepto y consideró que el propósito de legislador había sido, precisamente, evitar una plena disponibilidad gubernativa de la detención del extranjero, en primer lugar, haciendo referencia al plazo máximo de las setenta y dos horas y, en segundo término, del contexto de la ley se deducía que la participación judicial establecida era absolutamente sustantiva.

Interpretó el Tribunal que lo que el precepto legal disponía era que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, debía solicitar al juez que autorizase el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión; asimismo, destacaba la Sentencia una serie de garantías inherentes a la participación de la autoridad judicial en la privación de libertad del extranjero; así, la decisión judicial en relación con la medida de internamiento ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, y se refirió específicamente también a la garantía del hábeas corpus del artículo 17.4 de la Constitución.

Esta interpretación constitucional del precepto impugnado ha sido recogida en la vigente legislación de extranjería. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introdujo cambios perceptibles en la regulación del internamiento cautelar; el más significativo, quizás, es que, a diferencia de que lo que preveía el artículo 26.2 del texto de 1985, en el de 2000, el internado queda durante todo el internamiento a disposición de la autoridad judicial [artículo 62ter.a)].

El artículo 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé que desde que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión de un extranjero de España, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar, entre otras medidas cautelares, “la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas previas a la solicitud de internamiento” [letra d)] o el “internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento” [letra e)]. El artículo 62 regula el ingreso en los centros de internamiento y los artículos siguientes se refieren a los derechos y deberes de los internados y al régimen de los centros. La legitimidad constitucional del internamiento, con referencia a su regulación en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se declaró en la STC 115/1987, de 7 de julio.

Sin embargo, el trámite del internamiento del extranjero sometido a un procedimiento administrativo de devolución, retorno o expulsión ha dado lugar a diversas sentencias que abordan las distintas garantías de los extranjeros, en concreto, la garantía del hábeas corpus del artículo 17.4 CE.

El problema se planteó como consecuencia de un numeroso grupo de extranjeros que intentaron acceder al territorio español mediante pateras en las costas canarias; una vez que

eran interceptados por las autoridades gubernativas y por tanto, ya iniciado el procedimiento administrativo de devolución, la Administración, al no poder llevar a cabo la devolución en el plazo de setenta y dos horas establecido en el artículo 58.5 de la vigente Ley de extranjería, solicitaba al Juez de Instrucción la autorización para el internamiento en los centros adecuados; de esta manera, la propia legislación de extranjería, conforme a la doctrina antes señalada por este Tribunal en la STC 115/1987, de 7 de julio, establece como garantía para el internamiento del extranjero sometido a un proceso de retorno, devolución o expulsión, la autorización judicial, por lo tanto la privación gubernativa de libertad pasa a configurarse, tras la participación del Juez de Instrucción, como una privación judicial de libertad.

Estos recurrentes una vez detenidos por la autoridad gubernativa planteaban, ante el mismo Juez de instrucción competente para autorizar su internamiento, un procedimiento de hábeas corpus, ya que entendían que no habían cometido delito alguno y por tanto no deberían estar privados de libertad ni detenidos policialmente y, por otra parte, alegaban en estas solicitudes de hábeas corpus que habían sido detenidos por una autoridad gubernativa incompetente. A partir de este mismo supuesto de hecho, se podían plantear distintas hipótesis, dependiendo del momento exacto en el que solicitaban el hábeas corpus.

Los juzgados de instrucción, con distintas resoluciones y matices, consideraron que las cuestiones planteadas por los recurrentes eran estrictamente jurídicas y por ello otorgaron una respuesta en derecho pero inadmitiendo *a limine* por razones de fondo el procedimiento de hábeas corpus; argumentaban que, efectivamente, ningún delito habían cometido pero que su detención se debía a una estricta aplicación de la legislación de extranjería, y, por otra parte, respecto a la competencia de la autoridad gubernativa que llevó cabo la detención, otorgaron una respuesta perfectamente respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes; sin embargo, dependiendo del momento en que se interpusiera el hábeas corpus y la situación de los recurrentes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en estos supuestos ha sido, en síntesis, la que seguidamente se expone.

El primer supuesto fue resuelto por la STC 303/2005, de 24 de noviembre, y estableció, en relación con las solicitudes de hábeas corpus ante situaciones de privación de libertad acordadas en virtud de la aplicación de la legislación de extranjería, que las garantías para la libertad personal que se derivan del régimen de control judicial establecido en la vigente ley de extranjería (internamiento de extranjeros mediante Auto motivado del Juzgado de Instrucción competente y previa audiencia del afectado) equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del procedimiento del hábeas corpus. Esta apreciación determinó que en el supuesto de la Sentencia citada se denegara el amparo solicitado, una vez que había quedado acreditado en la resolución impugnada que el Juzgado de Instrucción ya había verificado el trámite de audiencia previa al internamiento un día antes de que se solicitara el hábeas corpus. Solución que fue aplicada también en las SSTC 315 y 316/2005, de 12 de diciembre.

En línea con esta doctrina, la STC 169/2006, de 5 de junio, aun con votos particulares, estimó el recurso de amparo interpuesto contra el Auto que inadmitió por razones de fondo

el hábeas corpus solicitado; en este supuesto, que la propia Sentencia calificó como límite, del examen de las actuaciones no se podía desprender si en el momento en el que se dicta el Auto de inadmisión por razones de fondo del hábeas corpus, el recurrente ya se encontraba a disposición judicial, puesto que, tanto el Auto que inadmitió el hábeas corpus, como la audiencia al recurrente previa al internamiento y su previa puesta a disposición judicial en aplicación de la ley de extranjería, sucedió en el mismo día, si bien, ante la imposibilidad de acreditar que en el momento de la inadmisión del hábeas corpus el recurrente estuviera ya a disposición judicial, el Tribunal consideró oportuno la estimación del recurso de amparo. Igual solución se produjo en las SSTC 201/2006 a 213/2006, de 3 de julio.

La situación después de estas Sentencias, en las que no aparece con demasiada claridad si la clave para poder inadmitir por razones de fondo el hábeas corpus es la disposición judicial del recurrente o la audiencia previa al internamiento con base en la ley de extranjería, se complica con las SSTC 259 y 260/2006, de 11 de septiembre; en estos supuestos, de las actuaciones se desprendería sin dificultad que los recurrentes estaban a disposición judicial con anterioridad a la inadmisión del procedimiento de hábeas corpus, sin embargo, el Tribunal estimó los recursos de amparo. En primer término, porque la resolución impugnada se refería a cuestiones de fondo sobre la legalidad de la detención, y, en segundo lugar, porque no resultaba posible apreciar que antes de la decisión de inadmisión del hábeas corpus hubiera existido una actuación judicial de control de legalidad de la detención que pudiera calificarse como equivalente, desde el punto de vista material y de eficacia a la propiciada por el hábeas corpus, es decir, la Sala consideró esencial que antes de la inadmisión del hábeas corpus no se había producido la audiencia del interesado con base en la ley de extranjería.

Situaciones similares se pueden llegar a producir durante la tramitación de las solicitudes de asilo por parte de los extranjeros. Recordemos que el artículo 13. 4 CE dispone que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

El derecho de asilo, fue desarrollado por el legislador mediante la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado; posteriormente la Ley 9/1994, de 19 de mayo, modificó ciertos aspectos de la legislación citada; en concreto, el párrafo tercero del nuevo apartado 7 del artículo 5 de la ley, establecido por la Ley 9/1994 disponía que “Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello”. Nuevamente el Defensor del Pueblo planteó contra el inciso señalado recurso de inconstitucionalidad.

El precepto impugnado debe ser entendido en el contexto del propio artículo 5, que dispone que la resolución de inadmisión a trámite de la petición de asilo ha de ser notificada al peticionario en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación, y en el caso de que el peticionario solicite el reexamen de su solicitud, ésta deberá ser resuelta y notificada en un plazo máximo de dos días; por tanto, una interpretación sistemática del precepto mencionado, implica que quien solicita asilo en la frontera debe permanecer en

“dependencias adecuadas” del puesto fronterizo mientras se resuelve sobre la admisión a trámite de la petición, y esta permanencia obligada puede ser durante un plazo de cuatro días, o incluso de dos más si solicita el reexamen de su petición.

Con esta interpretación del precepto, el Defensor del Pueblo lo consideró inconstitucional porque, a su juicio, vulneraba el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, así como las garantías judiciales y el tiempo máximo de detención que establece el artículo 17.2 CE; asimismo, entendió que se vulneraba el artículo 81 CE, puesto que la reforma operada por la Ley 9/1994 se llevó a cabo mediante una ley que carece del rango de ley orgánica, pese a que establece una nueva causa de privación de libertad lo que constituye un desarrollo directo del artículo 17.1 de la Constitución.

El Tribunal resolvió el recurso en la STC 53/2002, de 27 de febrero, tratando de establecer el estatuto constitucional del peticionario de asilo. Comenzaba afirmando que derecho de asilo no es un derecho fundamental, sino que el artículo 13.4 CE remite al legislador ordinario la regulación de este derecho, a partir de esta afirmación, realmente trascendente, trata de determinar si el extranjero que pide asilo es titular de otros derechos fundamentales enunciados en los artículos 17 (derecho a la libertad) y 19 (derecho a entrar y circular por España) de la Constitución.

Ninguna duda manifestó el Tribunal de que el solicitante de asilo, como extranjero, sólo disfruta del derecho a entrar y circular libremente por España en los términos que disponga la ley y, por tanto, no existe un derecho fundamental del extranjero a entrar en España, sino un derecho legal que está sometido a los requisitos de la legislación de extranjería, por ello sólo como excepción, la protección del Estado español se limita, conforme a la ley del derecho de asilo, a la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo, es decir, una entrada provisional en España.

En segundo término, afirmaba que “durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en ‘dependencias adecuadas’ del puesto fronterizo rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles. Los solicitantes de asilo disfrutan, por tanto, del derecho a la libertad que el artículo 17.1 CE reconoce a todas las personas (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1º)”. Sin embargo, el Tribunal afirma que lo determinante para definir la situación de los solicitantes de asilo se centra, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en si están sometidos o no, a un poder público español, y advierte que la permanencia del solicitante de asilo en las “dependencias adecuadas” de frontera, en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España, ámbito este en el que no disfruta del derecho fundamental de entrar y salir libremente de España, derecho que sólo se reconoce constitucionalmente a los españoles. Esta importante afirmación viene a superar otros pronunciamientos realizados en diversos recursos de amparo (STC 174/1999, de 29 de septiembre y STC 179/2000, de 26 de junio, que veremos a continuación); pero

lo importante es que el Tribunal en el año 2002 claramente considera que estas personas no se hallan privadas de libertad ya que pueden abandonar España en el momento que estimen convenientes.

Reconocido que los solicitantes de asilo disfrutaban del derecho a libertad, recuerda el Tribunal que este derecho no es absoluto e ilimitado, y por ello analiza si la estancia en las “dependencias adecuadas” durante el plazo de los cuatro días, en tanto se admite o inadmite la solicitud de asilo, y dos días más si solicita el reexamen de su petición, es una medida respetuosa con el contenido del artículo 17 de la Constitución.

Recuerda que el plazo máximo de detención de setenta y dos horas establecido en el artículo 17.2 CE está previsto, en principio, para el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, y por ello el límite máximo no es aplicable cuando la restricción de libertad sirve a un fin radicalmente distinto, como es la protección de quien se dice perseguido y solicita asilo, por lo tanto, el límite de las setenta y dos horas no rige para los solicitantes de asilo; sin embargo reconoce el Tribunal que toda privación de libertad ha de ser limitada en el tiempo, y concluye que de la regulación del precepto impugnado resulta que la supuesta privación de libertad tiene límites temporales claramente definidos (cuatro días para el estudio de su solicitud de asilo y dos días para el análisis del reexamen).

Por otra parte, considera que la situación de solicitante de asilo además de estar limitada temporalmente, es cierta y previsible, como debe serlo toda restricción a la libertad; considera que el presente precepto además de establecer el límite máximo, establece el lugar de espera en “dependencias adecuadas”; insiste una vez más la Sentencia en que el extranjero puede abandonar el lugar cuando estime oportuno hacia su lugar de procedencia o hacia un tercer país, y añade, además, que durante los primeros cuatro días la situación jurídica del peticionario de asilo pende de la resolución que se dé a su solicitud, que puede ser su admisión a trámite y, por lo tanto, su entrada en España, el silencio administrativo con igual efecto, y por último la inadmisión a trámite o denegación. En definitiva, considera que las restricciones del precepto impugnado son conformes a las exigencias constitucionales de certeza y previsibilidad. Asimismo, esta restricción de libertad considera el Tribunal que es proporcionada, puesto que es idónea, necesaria y ponderada.

Por último, en relación con esta restricción de libertad del solicitante de asilo, razona que el hecho de que solicitante de asilo no sea un detenido, en forma alguna le priva de su derecho a la tutela judicial. Recuerda la garantía del procedimiento de hábeas corpus, que podría ser aplicable, a juicio del Tribunal, a supuestos de permanencia del extranjero en el puesto fronterizo después de la inadmisión a trámite de la petición de asilo o, también, en la retención en el puesto fronterizo del extranjero cuya petición de asilo ya hubiera sido admitida a trámite por silencio administrativo positivo. También se recuerda que ante una resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, el extranjero disfruta de tutela judicial reforzada en el orden contencioso-administrativo.

Es importante destacar cómo la posibilidad de plantear la garantía del hábeas corpus, la prevé el Tribunal para cuando después de la inadmisión a trámite se mantenga en las “depen-

dencias adecuadas” al extranjero, así como para cuando una vez admitida a trámite no se permite la entrada en España, pudiéndose interpretar *a sensu contrario* que se descarta que se pueda solicitar el hábeas corpus en los cuatro días durante los que se examina su solicitud de asilo, entre otras cosas, porque, como antes hemos dicho, durante ese período puede abandonar en cualquier momento el país, y no concurre el primer requisito legal para poder solicitar la garantía de hábeas corpus: no existe privación de libertad.

El Tribunal se ha referido en otras ocasiones a la situación jurídica de las personas que se hallan en la “sala de rechazados” de los aeropuertos, sin embargo, no se puede extraer una única solución, no existe un criterio general respecto de estas situaciones, sino que se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso, así en la STC 174/1999, de 27 de septiembre, se afirmó que “las circunstancias de las personas que se hallan en la ‘sala de rechazados’ puede ser muy diversa y responder a situaciones jurídicas muy distintas, ya que el espacio físico de la ‘zona de rechazados’ por sí solo no las define.”

En el ATC 55/1996, de 6 de marzo, se inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra una inadmisión del hábeas corpus solicitado por dos extranjeros a los que se les denegó la entrada y se les obligó a permanecer en la sala de tránsito de Barajas (posteriormente solicitaron asilo que también fue denegado). En aquella ocasión se afirmó por el Tribunal que “el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España. Aquel derecho, reconocido por el artículo 17 CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Por el contrario, quienes no son españoles carecen del derecho constitucional a entrar en España (artículo 19 CE y STC 94/1993), por lo que sólo pueden ejercerlo en la medida en que cumplan los requisitos establecidos por las leyes, que incluyen la necesidad de obtener visado, salvo que la solicitud de asilo presentada por la demandante hubiera sido admitida a trámite (artículos 4.2 y 5.1 de la Ley de Asilo, Ley 5/1984, reformada por la Ley 9/1994).”

Y, finalmente, en cuanto al tiempo que transcurrió hasta su devolución se afirmó que “en tanto en cuanto la situación de los demandantes de amparo depende de la disponibilidad de un vuelo aéreo que les permita regresar al país de origen de su viaje, y no de una decisión o vía de hecho de los poderes públicos españoles (artículo 41.2 LOTC), es una situación ajena a las garantías establecidas por el artículo 17 CE”.

En definitiva, como antes se ha puesto de relieve, el Pleno del Tribunal en la STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4º, al abordar la situación jurídica de los solicitantes de asilo y su permanencia en las zonas habilitadas al efecto durante la tramitación de su solicitud, afirmó que “la permanencia del solicitante de asilo en las ‘dependencias adecuadas’ de frontera en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España, ámbito este en el que no disfruta del derecho fundamental a “entrar y salir libremente de España” (artículo 19 CE), sólo reconocido constitucionalmente a los españoles.”

Una aplicación insuficiente del principio de culpabilidad propio del derecho administrativo sancionador: el caso de las denominadas “falsas alarmas”

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Resumen

UNA APLICACIÓN INSUFICIENTE DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD PROPIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: EL CASO DE LAS DENOMINADAS “FALSAS ALARMAS”

La Ley de Seguridad Privada tipifica como infracción grave la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por parte de las centrales privadas de alarmas de falsas incidencias (las denominadas “falsas alarmas”), por negligencia, deficiente funcionamiento o falta de verificación previa. El estudio analiza este tipo, pone en tela de juicio la legalidad de su desarrollo realizada por el Reglamento de Seguridad Privada y se detiene especialmente en su elemento culpabilístico. En este punto, con la base del marco normativo establecido por la legisla-

ción sobre seguridad privada y un amplio análisis jurisprudencial, se expone el alcance del deber de diligencia de las centrales de alarmas en este ámbito. Para ello, se identifican aquellos aspectos que se incluyen dentro de este deber de diligencia (información y formación del usuario del sistema de seguridad, verificación de la señal de alarma, etc.) y aquellos otros que lo exceden y que hacerlos recaer sobre estas empresas de seguridad supondría admitir una suerte de responsabilidad objetiva o, en su caso, por hechos de otros.

Abstract

AN INSUFFICIENT APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF GUILT IN THE ADMINISTRATIVE PENALIZER RIGHT: THE CASE OF THOSE DENOMINATED “FALSE ALARMS”

The Law of Private Security hypifies as grave infraction the communication to the Forces and Brigades of Security on the part of the private stations of alarms of false incidences (those denominated “false alarms”), for negligence, deficient working or lack of previous verification. The study analyzes this type, it questions the legality of its development carried out by the Regulation of Private Security and it stops especially in its culpabilistic element. In this point, with the base of the normative frame settled down by the

legislation about private security and a wide jurisprudential analysis, the reach of the duty of diligence of the stations of alarms is exposed in this environment. For it, are identified those aspects that are included in this diligence duty (information and formation of the users of the system of security, verification of the alarm signal, etc.) and those other ones that exceed it and that make them to fall upon these companies of security would suppose to admit a type of objective responsibility or, in their case, because another’s facts.

Sumario:

I. Justificación y delimitación del objeto de este estudio: el artículo 22.2 LSP y su

discutible desarrollo reglamentario. A) Justificación. B) El principio de legalidad en materia sancionadora. C) La ilegalidad parcial del desarrollo tipificador que introduce el RSP. D) Plan del estudio: la noción de infracción administrativa. **II. La tipicidad.** A) La noción de “falsa incidencia”. B) La necesidad de que la conducta se haya reiterado. La relación con el artículo 50 RSP.

III. Los sujetos responsables. IV. La culpabilidad.

A) Reconocimiento general de la necesidad de dolo o culpa. La prohibición de la responsabilidad objetiva. B) Elementos que configuran positivamente el alcance del deber de diligencia de las Centrales de Alarmas. a) El deber de instruir al usuario del servicio. b) El deber de verificar las señales de alarma antes de su transmisión a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. a’) Los problemas jurídicos de la verificación por medios personales. b’) La verificación a través de medios técnicos: la conveniencia de la aprobación de un protocolo de actuación. C) Actuaciones posteriores a la verificación, cuando, tras transmitir la señal de alarma a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existen

indicios de que aquélla hubiera podido ser falsa. a) Actuaciones tendentes a garantizar el funcionamiento adecuado de los sistemas. a') La Central de Alarmas tiene también contratado el servicio de mantenimiento de la instalación. b') El mantenimiento de los equipos y sistemas de seguridad conectados a las Centrales de Alarmas está contratado con otra empresa o lo realiza el propio cliente (ex artículo 43.3 RSP).

b) Sobre la discutible posibilidad de rescisión del contrato. C) Elementos que delimitan negativamente el alcance del deber de diligencia de las Centrales de Alarmas.

a) El deber de la Administración de regular y aprobar las características de los medios materiales y técnicos. b) La responsabilidad de la empresa instaladora del sistema de seguridad. c) La responsabilidad de la empresa encargada del mantenimiento del sistema de seguridad. d) Otros supuestos que eximen o atenúan la responsabilidad: las nuevas instalaciones y la producción de una sola falsa alarma.

I. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTE ESTUDIO: EL ARTÍCULO 22.2 LSP Y SU DISCUTIBLE DESARROLLO REGLAMENTARIO

A) Justificación

Con gran diferencia sobre los demás tipos infractores, las denominadas falsas alarmas son, junto con el intrusismo, las dos conductas que generan una mayor respuesta sancionadora por parte de la Administración pública en el ámbito de la seguridad privada. Ciertamente, los datos estadísticos sobre falsas alarmas son preocupantes: en el año 2006, las Centrales de Alarma superaron ampliamente el millón de señales de alarma recibidas; de estas señales, tras la correspondiente verificación, transmitieron a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad unas 360.000; y de éstas, al final, sólo resultaron ser reales unas 18.000 (esto es, alrededor del 5%)¹. Esto origina que, en ciertos lugares, alrededor del 20% de las actuaciones policiales tengan como finalidad la de atender a las alarmas transmitidas por las Centrales de Alarma, con el consiguiente coste en medios humanos y materiales, y la posible desatención de otros fines o bienes de interés público. Pero, junto a esta trascendencia práctica, el régimen sancionador de las falsas alarmas presenta por la propia formulación del tipo un ámbito especialmente propicio para analizar las consecuencias que debería tener la aplicación del principio de culpabilidad.

(1) Cifras aproximadas obtenidas a partir de los datos ofrecidos por las asociaciones empresariales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la Jornada Técnica sobre “La problemática de las Falsas Alarmas”, organizada por Seguritecnia, en Madrid, el 11 de abril de 2007.

B) El principio de legalidad en materia sancionadora

El artículo 25 de la Constitución Española proclama que “nadie puede ser (...) sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan (...) infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” (la cursiva es nuestra). En lo que ahora nos interesa, se reconoce así el denominado principio de legalidad en materia sancionadora que, entre otros aspectos, se traduce en la exigencia de una norma con rango de Ley para la fijación de las infracciones y sanciones. Precisamente, la acomodación de la situación normativa preconstitucional a las consecuencias de este principio de legalidad es uno de los motivos que llevan a la aprobación de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (en adelante, LSP)².

En el ámbito que nos ocupa, el artículo 22.2 LSP tipifica como infracción grave:

“h) No transmitir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las señales de alarma que se registren en las centrales privadas, transmitir las señales con retraso injustificado o comunicar falsas incidencias, por negligencia, deficiente funcionamiento o falta de verificación previa.”

El precepto transcrito recoge tres conductas infractoras, siendo el objeto de este estudio únicamente la tercera:

- No transmitir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las señales de alarma.
- Transmitir las señales con retraso injustificado.
- Comunicar falsas incidencias.

Sin embargo, el principio de legalidad en materia sancionadora no impide un cierto grado de colaboración de los reglamentos administrativos a la hora de concretar las infracciones y sanciones previstas por Ley. Así lo ha admitido reiteradamente el Tribunal Constitucional y, haciéndose eco de esa doctrina, el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP), prevé que “las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a las más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondien-

(2) Su propia Exposición de Motivos arguye que “es, desde luego, urgente y necesaria la dotación del rango normativo suficiente al desarrollo del régimen sancionador aplicable a la materia, que, en la legislación actualmente vigente y siguiendo mentalidades y pautas preconstitucionales, apenas tiene apoyo en normas con rango de Ley y se encuentra contenido, prácticamente en su totalidad, en Reales Decretos y en Ordenes ministeriales. (...) (R)esulta imprescindible incorporar dicho régimen a una disposición con rango adecuado, en la que se tipifiquen todas las infracciones posibles, se determinen las sanciones a imponer y se diseñe el procedimiento sancionador (...)”. Un análisis general del régimen sancionador establecido por esta Ley puede encontrarse en mi monografía *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 297-320.

tes”. En la misma línea, el artículo 25 LSP. Esto es, los reglamentos administrativos podrán precisar o aclarar las infracciones o sanciones establecidas por Ley, pero no podrán crear nuevos tipos infractores o sanciones³.

C) La ilegalidad parcial del desarrollo tipificador que introduce el RSP

El que se acaba de exponer es el canon de constitucionalidad al que debe someterse el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de seguridad privada (en adelante, RSP). Su artículo 149.8, tras reproducir el precepto legal, precisa las siguientes conductas:

- a) El funcionamiento deficiente de las centrales de alarmas por carecer del personal preciso.
- b) La transmisión de alarmas a los servicios policiales sin verificarlas previa y adecuadamente.
- c) La transmisión de falsas alarmas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁴ por falta de adopción de las precauciones necesarias para evitarlas.
- d) La falta de subsanación de las deficiencias que den lugar a falsas alarmas, cuando se hubiere sido requerido para ello, y la de desconexión del sistema que hubiere sido reglamentariamente ordenada.”

Este desarrollo reglamentario no es plenamente respetuoso con el principio de legalidad expuesto, pues en algunos supuestos excede los tipos previstos en la Ley. Veámoslo más detenidamente:

– La conducta prevista en la letra b) no está expresamente prevista en la Ley. La LSP lo que tipifica es la comunicación de una falsa incidencia. En muchos supuestos, esta comunicación tendrá su causa en una falta de verificación. Sin embargo, la ley no tipifica la falta de verificación por sí misma, sino una de sus posibles consecuencias: que la incidencia sea falsa. Por este motivo, si una empresa explotadora de una Central de Alarmas comunica una señal sin verificarla previamente, pero la señal resulta verdadera, no es posible

(3) Sobre la aplicación del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador pueden verse, entre otros muchos, José SUAY RINCÓN, “La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, en “Infracciones, Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador,” *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001, págs. 7-27; y la parte correspondiente en los siguientes estudios de alcance general sobre el Derecho Administrativo Sancionador: Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2005, págs. 201 y ss.; Manuel REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, 1989, págs. 451 y ss.; I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 112-195; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2006, págs. 658 y ss.

(4) Debe advertirse que el artículo 22.2 LSP sólo se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que es un concepto más reducido que el de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a secas. Al respecto es meridianamente claro el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Este precepto establece que son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: “a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación; b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas; c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”. Y después, el artículo 9 añade que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integrados por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. Por todo ello, y sobre la base de las exigencias derivadas del principio de tipicidad, sería deseable una reforma de la Ley de Seguridad Privada que amparara también las funciones asumidas por los Cuerpos Policiales autonómicos, pues una disposición de carácter reglamentario no es el instrumento adecuado para ello.

sancionarla, a pesar de la literalidad del reglamento. Mantener otra cosa significaría vulnerar el principio de legalidad en materia sancionadora. A lo sumo, se podría encontrar a esta conducta un cierto respaldo legal en el artículo 22.3.b) que tipifica “en general, el incumplimiento de los trámites, condiciones o formalidades establecidos por la presente Ley o por las normas que la desarrollen...”. En puridad es eso lo que está tipificando esa letra b): el incumplimiento por parte de la empresa explotadora de la Central de Alarmas de su deber de verificar la señal. No obstante, debe tenerse en cuenta que el mencionado tipo legal está calificado como leve, mientras que la letra b) se califica como infracción grave, lo que, incluso admitiendo esta segunda posibilidad, conllevaría nuevamente una vulneración del principio de legalidad.

– Igualmente, la letra d) también plantea problemas de legalidad. En ella lo que se tipifica es el incumplimiento de los requerimientos efectuados por la Administración (bien el de subsanar deficiencias, bien el de desconectar un sistema de alarma). Ninguna base hay para ello en el artículo 22.2.h) LSP. Más aun, tampoco se encuentra en dicha Ley otro tipo que le pudiera dar la correspondiente base legal. Esto es, si una Central de Alarmas, incumpliendo el requerimiento realizado por la Administración, no desconecta un sistema de alarma, esa conducta por sí misma no sería sancionable sobre la base del artículo 22.2.h) LSP. Cosa distinta es que ese sistema de alarma que debería estar desconectado origine una falsa incidencia que sea comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En ese supuesto, la conducta sí sería sancionable pero no por haber incumplido el requerimiento, sino por haber comunicado una falsa incidencia. En todo caso, en ese supuesto, el incumplimiento del requerimiento es un elemento que agravaría la reprochabilidad de la conducta y, por tanto, la propia extensión de la sanción que se imponga.

D) Plan del estudio: la noción de infracción administrativa

A partir de este marco normativo y sobre la base de que toda infracción administrativa es una acción antijurídica, típica y culpable⁵, nos centraremos en los planos de la tipicidad y la culpabilidad –la antijuridicidad plantea menores problemas en este ámbito–, que deben concurrir necesariamente para que una concreta conducta sea sancionable. La falta de cualquiera de esos elementos hace que una determinada conducta no pueda ser sancionada.

II. LA TIPICIDAD

Como se acaba de exponer, el tipo consiste en “comunicar falsas incidencias, por negligencia, deficiente funcionamiento o falta de verificación previa”. Esto es, la conducta infractora gira alrededor del concepto de “falsa incidencia”.

(5) Vid. la STS de 23 de febrero de 2000, Sala de lo contencioso-administrativo, Ar. 7047, que afirma que “para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable”. En la misma línea, la SAN de 2 de noviembre de 2000, Sala de lo contencioso-administrativo, Ar. 1053, insiste en que “la infracción administrativa, al igual que el delito o la falta, se integran por el elemento objetivo –acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y punibilidad–, y el elemento subjetivo –culpa o dolo–, siendo necesaria la concurrencia de todos ellos para la exigencia de la responsabilidad sancionadora”.

A) La noción de “falsa incidencia”

Debe destacarse que la normativa utiliza esta expresión junto a otras próximas como la de “señal de alarma” o “falsa alarma”. Sin perjuicio de la mayor corrección de unas expresiones frente a otras, no se han podido extraer consecuencias jurídicas de esta diversidad, por el carácter indiferente y poco riguroso con el que la normativa las utiliza.

La falsa incidencia es un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, sobre la base de la ya mencionada posibilidad que el artículo 129.3 LAP abre a que las disposiciones reglamentarias “contribuyan a la más correcta identificación de las conductas”, no vulnera el principio de tipicidad el hecho de que el artículo 50.2 RSP defina lo que deba entenderse como falsa incidencia o falsa alarma:

“(…) se considera falsa toda alarma que no esté determinada por hechos susceptibles de producir la intervención policial”.

La definición es desafortunada pues se construye sobre un elemento, “hechos susceptibles de producir la intervención policial”, que además de inexacto es ajeno a nuestra legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Es inexacto porque la normativa también prevé que se puedan centralizar las señales de alarma relativas a la prevención contra incendios. Es ajeno a nuestra legislación, porque la LOFCS (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) no se refiere en ningún momento a hechos susceptibles de producir la intervención policial, sino que lo que hace es enumerar cuáles son las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Entre esas funciones ciertamente está la de “prevenir la comisión de actos delictivos”, pero también, como algo distinto de aquella, la de “asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa”. Esto es, es absolutamente infundado identificar la expresión “hechos susceptibles de producir la intervención policial” con la comisión de un delito *in fraganti*, por cuanto las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –como se puede deducir fácilmente– son mucho más amplias. Por tanto, el mero de hecho de que una vez personada una dotación policial tras la transmisión de la señal de alarma a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ésta no se encuentre ante un delito *in fraganti* o no se aprecien elementos evidentes de una tentativa de acto delictivo no significa necesariamente que el hecho no fuera susceptible de producir la intervención policial. Deben tenerse en cuenta aquellos intentos de intrusión o ataque que originan la activación de las señales de alarma y precisamente por tal activación o al detectar la aproximación policial disuaden al intruso, que abandona el lugar sin dejar rastro.

B) La necesidad de que la conducta se haya reiterado. La relación con el artículo 50 RSP

El artículo 22.2 LSP habla de comunicar “falsas incidencias”, en plural. Sin embargo, éste, por sí mismo, no es un argumento convincente para interpretar que la comunicación de una única falsa incidencia no integra el tipo. No obstante, al igual que lo hace la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior⁶, consideramos que una sistemática aplicación

(6) “Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas”, Revista de Documentación, núm. 4, julio-septiembre 2001, publicado en www.mir.es, que es la versión conforme a la que se cita.

literal de la norma sería contraria al principio de proporcionalidad que rige en el campo del Derecho Administrativo Sancionador⁷. En este sentido, estimamos muy convincente la conexión que establece la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior entre este tipo y el artículo 50.1 RSP, relativo a la desconexión por falsas alarmas. Ciertamente, carece de sentido y es contrario a las reglas de la lógica que para imponer una sanción, esto es, un castigo, baste una falsa incidencia; y para acudir a los mecanismos no sancionadores del artículo 50 RSP tengan que producirse al menos dos falsas incidencias.

Además, los mecanismos establecidos en el artículo 50 RSP no están regulados como una mera facultad en manos de la Administración Pública, sino como un verdadero deber. Esto es, una vez producido el supuesto de hecho (el sistema origina dos o más falsas alarmas en el plazo de un mes), los órganos competentes (el Delegado del Gobierno o el Jefe Superior o Comisario Provincial de Policía, por delegación) están obligados a efectuar el requerimiento de subsanación que se prevé en el primer apartado de tal precepto al titular de los bienes protegidos. Seguidamente, si este requerimiento se incumple, esto es, se produce una nueva falsa incidencia, los órganos competentes deben ordenar a la empresa explotadora de la central de alarma que efectúe la inmediata desconexión del sistema con la propia central⁸.

Por tanto, la interpretación más adecuada a las consecuencias del principio de proporcionalidad y a la lógica jurídica es que la conducta típica requiere, al menos, de dos o más falsas alarmas en el plazo de un mes.

En esta misma línea, el mencionado informe de la Secretaría General Técnica concluye que:

“Pero, a efectos sancionadores, la normativa no determina ni cuantifica un número mínimo de alarmas falsas para poder incoar procedimiento sancionador a un establecimiento obligado, por lo que una interpretación literal de la norma nos llevaría a la conclusión de que una sola alarma producida en un establecimiento obligado, por defectuosa utilización

(7) La aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito sancionador ha sido proclamada en reiteradas ocasiones por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, el artículo 131 LAP ha recogido positivamente tal doctrina con un alcance general:

“3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar (...)”.

(8) Consideramos que la redacción actual del artículo 50 RSP encuentra un equilibrio entre todos los intereses implicados y ofrece las garantías necesarias a todos los interesados, aunque quizás falte una aplicación más sistemática por parte de la Administración pública. Por estos motivos, no compartimos en todos sus términos la conclusión de la Mesa de Trabajo sobre “Ámbito jurídico” del I Congreso Nacional de Seguridad Privada que propone “que en el artículo 50.1 RSP se regule que en los supuestos de conexión de aparatos, dispositivos o sistemas de seguridad con una central de alarmas, y siempre y cuando no se trate de un establecimiento obligado a disponer de esta medida de seguridad, (...), cuando el sistema origine dos o más falsas alarmas en el plazo de un mes, la central receptora de alarmas pueda cesar los avisos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad hasta que tengan constancia de que se han subsanado las deficiencias que dan lugar a las falsas alarmas, sin perjuicio de que sigan cumpliendo con sus obligaciones contractuales respecto a otros avisos a terceros, como particulares o vigilantes del servicio de verificación” (*Seguritecnia*, núm. 289, noviembre 2003, pág. 84).

o funcionamiento del sistema de seguridad, y que haya dado lugar a intervención policial, sería sancionable.

Ello no obstante, por la Unidad Central de Seguridad Privada de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana se estima que tal interpretación literal es demasiado estricta, por lo cual se viene aplicando en la práctica, como norma general, y por coherencia con lo dispuesto en el apartado 1 del repetido artículo 50, el criterio de que deben existir al menos cuatro falsas alarmas en el plazo aproximado de un mes, o un número mayor en un período de tiempo también superior, para que pueda iniciarse el correspondiente procedimiento sancionador. Incluso la existencia de tres falsas alarmas en el plazo aproximado de un mes, podría dar lugar a tal incoación, si de circunstancias fundamentales, concurrentes en el supuesto de hecho concreto, así resultase.”

En cualquier caso, sobre la base de la existencia de este informe y de lo que en él se dice, debe recordarse que el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP) preceptúa que deben motivarse expresamente aquellos actos administrativos que “se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”. Por tanto, aquellas resoluciones sancionadoras que se separen del criterio aquí recogido deberán expresar los concretos motivos que les lleven a ello.

Finalmente, una abundante jurisprudencia también se manifiesta en la línea comentada. Especialmente clara es la STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2005, Sala de lo contencioso-administrativo⁹, que, tras recordar que el inciso final del párrafo 2 del artículo 50 no considera falsa alarma la simple repetición de una señal causada por la misma avería en el plazo de veinticuatro horas siguientes al momento de la misma, concluye que:

“Esto es de interés para el caso porque lo que se nos está diciendo es que si dos llamadas en un día no tiene trascendencia, menor la debe tener una sola que es lo que aquí ha ocurrido, puesto que no existe la menor referencia a antecedentes similares ni a inmediatas repeticiones. *Estimamos que la medida sancionadora no está justificada por un hecho aislado y puntual*” (FJ 4º) (la cursiva es nuestra).

Igualmente, el FJ 2º de la STSJ de Madrid, de 13 de junio de 2001 Sala de lo contencioso-administrativo¹⁰, establece:

“Ahora bien, para que pueda considerarse que tiene eficacia el artículo 50 del Reglamento de Seguridad Privada es preciso que se dé una de estas dos circunstancias: que en el mismo mes, o lo que es lo mismo, en el plazo de treinta días, se produzcan más de cuatro falsas alarmas, es decir, al menos cinco, o que se produzcan doce en seis meses, y en el caso presente se da la circunstancia de que las alarmas se produjeron los días 30 de junio, 1, 2 y 6 de julio y 14 de agosto, (...), todos de 1996, es decir, que sólo podrían computarse

(9) Ponente: Alfredo Roldán Herrero, JUR 2005\108295.

(10) Ponente: Miguel López Muñiz Goñi, JUR 2001\305246.

a estos efectos cuatro alarmas producidas en el plazo de treinta días, desde el 30 de junio al 6 de julio de 1996. En consecuencia, *no llega al mínimo legal establecido para que pueda considerarse infracción*”¹¹ (la cursiva es nuestra).

O el FJ 3º de la STSJ de Madrid, de 15 de junio de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, que afirma que “la producción de menos de cinco alarmas en el plazo de un mes no supone infracción alguna (...)”¹².

III. LOS SUJETOS RESPONSABLES

Responsable de una infracción administrativa es el que realiza la acción típica en que ésta consiste. Eso vale para toda infracción administrativa y para todos los ilícitos penales, debiendo completarse con alguna precisión adicional:

– En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador cabe la responsabilidad de las personas jurídicas¹³. Éste además es el supuesto de la infracción que ahora se analiza, donde el único sujeto que puede cometerla es una concreta persona jurídica: la Central de Alarmas.

– También pueden ser responsables otros sujetos que participan o colaboran en la realización de la acción típica. Sin embargo, esta posibilidad no está prevista en el caso que nos ocupa.

–Y, finalmente, siempre será necesaria la concurrencia de dolo o culpa –de esto nos ocuparemos en el epígrafe siguiente–.

A la hora de determinar el sujeto responsable de la infracción que venimos analizando, debe partirse del comienzo del artículo 22 LSP, donde se inserta la infracción ahora analizada: “Las empresas de seguridad podrán incurrir en las siguientes infracciones”. Esto es, el sujeto responsable es exclusivamente la empresa de seguridad, sin perjuicio de lo que ya se ha dicho sobre la necesidad de la existencia de dolo o culpa. Por tanto, no es sujeto responsable de esta infracción el titular del sistema de seguridad conectado a la Central de Alarmas. A lo sumo, en su caso, éste podrá ser sujeto responsable de otra infracción distinta, en concreto, aquella que se tipifica en el artículo 24.2 LSP¹⁴:

(11) En los mismos términos, la STSJ de Madrid de 13 de junio, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: M. López Muñoz Goñi, JUR 2001\305248.

(12) Ponente: M. López Muñoz Goñi, JUR 2001\305447.

(13) Sobre las dificultades que plantea el traslado del principio de culpabilidad al ámbito de las personas jurídicas y los distintos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, vid. A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 440 y ss; y A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 188 y ss.

(14) El artículo 154 RSP –sobre la base del artículo 24 LSP–, al recoger las conductas infractoras en las que pueden incurrir las personas físicas o jurídicas, entidades y organismos que utilicen los medios o contraten la prestación de servicios de seguridad, no se refiere al mal uso de los dispositivos de seguridad que genere falsas incidencias. Se limita a

El caso de las denominadas “falsas alarmas”

“La utilización de aparatos o dispositivos de seguridad sin ajustarse a las normas que los regulen, o su funcionamiento con daños o molestias para terceros (...)”.

Cuando la Administración utiliza este tipo para sancionar a una persona física o jurídica, lo es generalmente porque el sistema de seguridad no está conectado a una Central de Alarmas. Sin embargo, en ocasiones, la Administración ha sancionado al titular de la instalación sobre esta base, a pesar de que la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fue realizada por una Central de Alarmas. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que a estos efectos no tiene la consideración de tercero ni la propia Central de Alarmas con la que se tenga contratado el servicio ni las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁵. En este contexto, debe advertirse una cierta paradoja entre el instrumento de la desconexión por falsas alarmas que regula el comentado artículo 50 RSP y la infracción por comunicar falsas incidencias. Mientras que en el primero a quien se considera como responsable del buen funcionamiento del sistema es al titular de los bienes protegidos y por este motivo es a él a quien se dirige el requerimiento; en el segundo, quien únicamente se configura como sujeto responsable de la infracción administrativa es la empresa explotadora de la Central de Alarmas.

Una mención especial merece lo relativo a las entidades financieras. La normativa de seguridad privada permite que éstas centralicen sus propias señales de alarma. Por este motivo, es frecuente la sanción a estas entidades por comunicación de falsas alarmas. Lógicamente, en estos supuestos, el tipo que se aplica no es el del artículo 22.2.h) LSP –insistamos en que el sujeto responsable sólo es la Central de Alarmas y la entidad financiera no es una empresa de seguridad–, sino el recogido en el artículo 23.n) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana:

“La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento (...) sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquéllas no funcionen o lo hagan defectuosamente (...)”¹⁶.

tipificar la utilización de aparatos de alarmas, dispositivos o sistemas de seguridad no homologados –que es un problema distinto, además de que la exigencia de culpabilidad conllevará que la Administración deba probar que tal sujeto sabía o debía saber que el aparato carecía de dicha homologación– y, lo que está más relacionado con lo que ahora nos ocupa, “la utilización de aparatos o dispositivos de seguridad sin ajustarse a las normas que los regulen o su funcionamiento con daños o molestias para terceros”.

Algunas dudas interpretativas plantea el artículo 149.8.d) RSP, cuando tipifica “la falta de subsanación de las deficiencias que den lugar a falsas alarmas, cuando se hubiere sido requerido para ello (...)”. Esa referencia al requerimiento de subsanación podría hacer pensar en el artículo 50 RSP y el requerimiento allí previsto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aquel requerimiento se dirige al titular de los bienes protegidos y el sujeto activo de la infracción recogida en el artículo 149 es la empresa de seguridad.

(15) Sobre esto último, la STSJ de Canarias, Sta. Cruz de Tenerife, de 13 de junio de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: Pedro Hernández Cordobés, JUR 2002\38062, sostiene que “sólo podría dar lugar a responsabilidad por la producción de molestias o daños a terceras personas, excluidos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que no detentan tal consideración pues cumpliendo las centrales de alarmas una función preventiva y protectora en materia de seguridad, y siendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los competentes en esta materia, no pueden ser conceptuados como terceros a los efectos aquí examinados” (FJ 2º). En la misma línea, la STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, JUR 2002\51800.

(16) Este precepto se pone en conexión con el artículo 13.4 de la misma ley, donde se hace responsables a los titulares de los establecimientos de la instalación de las medidas de seguridad obligatorias, así como de su efectivo funcionamiento, lo que

IV. LA CULPABILIDAD

A) Reconocimiento general de la necesidad de dolo o culpa. La prohibición de la responsabilidad objetiva

El Tribunal Constitucional ha repetido hasta la saciedad que no cabe imponer una sanción administrativa sin que concurra el elemento culpabilístico, esto es, que haya dolo o, al menos, culpa¹⁷. Y así lo ha reiterado también la jurisprudencia —con una clara evolución en esa línea, no exenta de claroscuros— y la doctrina¹⁸. Toda infracción administrativa precisa del elemento subjetivo de la culpabilidad, incluso las cometidas por personas jurídicas como las Centrales de Alarmas, aunque en esos supuestos los mecanismos de imputación son distintos. En la misma línea, con gran claridad y acierto, se manifiesta el Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, sobre determinadas cuestiones relacionadas con las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas¹⁹. En él se afirma:

“Por tanto, no habrá lugar a la incoación de procedimiento sancionador, aun cuando de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad resulte tratarse de una falsa alarma, cuando las señales de alarma comunicadas a dichas Fuerzas y Cuerpos hayan sido previamente verificadas a través de los medios técnicos de que disponga la central (en función de la tecnología de la central de alarmas, de la tecnología del sistema de seguridad instalado en el establecimiento obligado, y del tipo de conexión entre ambos establecimientos —unidireccional, bidireccional integral, etc.—)²⁰, y siempre que no concurra deficiencia o defectuoso funcionamiento imputable a la central de alarmas de que se trate.

conlleva también su responsabilidad por el funcionamiento de esas medidas. Así lo admite la jurisprudencia (por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 11 de junio, Sala de lo contencioso-administrativo, JUR 2002/210991).

(17) Entre otras muchas, vid. la STC 246/1991, de 19 de diciembre, ponente: Francisco TOMÁS Y VALIENTE, que argumenta:

“Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa —STC 76/1990—. Incluso este Tribunal ha calificado de correcto el principio de la responsabilidad personal por hechos propios —principio de la personalidad de la pena o sanción— (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos” (FJ 2º).

(18) Sobre el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, pueden verse, además de las obras generales mencionadas más arriba, Ángeles DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad...*, op. cit., in totum; y “Culpabilidad”, en “Infracciones, Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador”, *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001, págs. 29 y ss. En cualquier caso, deben ser objeto de una especial mención las posiciones de A. NIETO GARCÍA que, con la valentía que le caracteriza, se esfuerza en ofrecer toda una serie de argumentos que, a su juicio, fundamentan y muestran la inviabilidad de la aplicación del principio de culpabilidad importado del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, por “muy adaptada y flexible que (esta recepción) sea”, y defiende un “giro administrativo de la culpabilidad” que aleje la construcción de este principio en el Derecho Administrativo Sancionador de la dogmática penalista (*Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 371 y ss; en especial, págs. 566-568). Al respecto, destacamos su construcción sobre el concepto de “simple inobservancia” (*ibidem*, págs. 398-403).

(19) *Revista de Documentación*, núm. 4, julio-septiembre 2001 (utilizada la edición en web).

(20) Obsérvese cómo, tal y como insistiremos más adelante, no se impone una determinada solución tecnológica —pues la normativa no lo hace— a la hora de determinar el alcance del elemento culpabilístico.

Éste es el criterio que reiteradamente ha venido sosteniendo la Unidad Central de Seguridad privada y que ha quedado plasmado en los informes preceptivos que el órgano competente de la Dirección General de la Policía debe emitir con carácter previo a la formulación de propuesta de resolución, en los procedimientos por faltas graves y muy graves (artículo 159 del Reglamento de Seguridad Privada).”

Además, este elemento culpabilístico está expresamente recogido en el tipo analizado, al exigir, al menos, la existencia de negligencia. En ese contexto es en el que deben interpretarse los otros dos elementos a los que se refiere el texto, recordemos: el deficiente funcionamiento y la falta de verificación previa.

La falta de verificación previa implica el incumplimiento de uno de los deberes normativos impuestos a las empresas explotadoras de centrales de alarma [artículo 5.1.f) LSP y artículo 48.2 RSP]. Sin embargo, es poco frecuente la existencia de una falta absoluta de verificación por parte de las Centrales de Alarmas. Más bien, las dificultades se encuentran en la determinación de hasta dónde llega el deber de diligencia de estas empresas a la hora de realizar esa verificación. De ello nos ocuparemos más adelante. Por tanto, generalmente nos moveremos en el plano de la culpa y no en el del dolo –lo que debe ser tenido en cuenta por la Administración a la hora de determinar, en su caso, la extensión de la sanción, de conformidad con el artículo 131 LAP que es plenamente aplicable en este ámbito–.

En cuanto al “deficiente funcionamiento”, necesariamente, debe tratarse de un funcionamiento deficiente que sea imputable a la Central de Alarmas, al menos, a título de simple negligencia. Esto es, vulneraría el principio de culpabilidad en materia sancionadora, si se sancionara a la empresa explotadora de la Central de Alarmas cuando ese deficiente funcionamiento sea imputable con carácter exclusivo a otro sujeto (principio de personalidad de la sanción), por ejemplo, el titular o usuario del sistema de seguridad –sobre ello volveremos más adelante–, responda a una fuerza mayor (por ejemplo, un terremoto) o concurra cualquier otro elemento que excluya la culpabilidad.

En definitiva, en nuestro ordenamiento no cabe la responsabilidad objetiva, por el mero resultado. Esto es, vulneraría el principio constitucional de culpabilidad el siguiente planteamiento: si se ha producido una falsa alarma es porque no se ha verificado suficientemente o porque hay un deficiente funcionamiento. Eso significa admitir una responsabilidad objetiva absolutamente proscrita en nuestro ordenamiento. El mero resultado –la existencia de una falsa alarma– no supone que pueda sancionarse automáticamente a la Central de Alarmas. La Administración, como una consecuencia del derecho fundamental a ser presumido inocente reconocido en el artículo 24.2 CE y que también es aplicable al derecho administrativo sancionador, debe probar que los hechos son imputables a la Central de Alarmas y que en su conducta hay, al menos, culpa²¹.

(21) Vid, las SSTC 219/1988, de 22 de noviembre (FJ 3º); 150/1989, de 25 de septiembre; 76/1990, de 26 de abril; 246/1991, de 19 de diciembre (FJ 2º); y 120/1994, de 25 de abril (FJ 2º). No obstante, debe admitirse la complejidad que tiene la plasmación de esta afirmación de la carga de la prueba de la culpabilidad en infracciones, como la que nos ocupa, en la que concurren dos elementos: por un lado, se trata de un infracción de mero peligro abstracto; y por otro, una vez acreditada por la Administración que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se personaron en el lugar del origen

Como se ha adelantado, el análisis del principio de culpabilidad nos lleva necesariamente a tener que ocuparnos del alcance del deber de diligencia de las empresas explotadoras de las Centrales de Alarmas en este ámbito, pues, como ha destacado la doctrina, este deber de cuidado es uno de los puntos centrales del Derecho Administrativo Sancionador²². Sobre el alcance del deber de diligencia no caben posiciones apriorísticas, a lo sumo ciertas proclamaciones de carácter muy general²³ que precisan completarse necesariamente con un análisis del caso concreto. Así existen elementos que configuran positivamente el alcance de ese deber de diligencia (vid., *infra*, IV.2), pues se trata de deberes impuestos a la empresa explotadora de la Central de Alarmas; y otros elementos que configuran negativamente ese alcance (vid., *infra*, IV.3), al tratarse de deberes impuestos o cuestiones que recaen sobre la competencia de otros sujetos, cuyo incumplimiento no puede trasladarse a la Central de Alarmas. Además, a nuestro juicio, la entidad de los intereses públicos protegidos por esta infracción no es tal que pueda justificar planteamientos que defiendan un deber de diligencia de carácter tan absoluto y exigente que nos aproxime a una responsabilidad casi objetiva²⁴.

de la señal de alarma y que no observaron nada anormal, es la Central de Alarmas la que posee una plena disponibilidad de los medios de prueba (actuaciones realizadas para la verificación, registros informáticos o telefónicos, labores de mantenimiento realizadas, etc.) Esto origina que, en muchas ocasiones, la única prueba que aporta la Administración en estos expedientes sancionadores sea el boletín, acta o denuncia levantado por los agentes policiales que se personaron en el lugar de los hechos. Sin embargo, el valor probatorio que el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, da a estos documentos se extiende exclusivamente a los hechos constatados por estos funcionarios –que, dicho sea de paso, tienen la condición de agente de la autoridad y no de autoridad, aunque estimamos que, a pesar de la literalidad del precepto, esto no debe tener trascendencia y así lo ha reconocido la jurisprudencia– y no sobre sus apreciaciones personales. Esto es, lo único que generalmente probarán esos documentos es que se personaron en el lugar y que allí no observaron ningún indicio de actividad delictiva, agresión o similar. Generalmente, esa dotación policial no podrá constatar allí si ha habido o no verificación previa. Lo que constatan es otro hecho, que puede servir para probar indirectamente o por indicios aquel otro que es el que constituye el tipo. Esto es, se trataría de una clara muestra de prueba indiciaria, cuya admisión debe someterse a los estrictos requisitos establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia, y que pueden encontrarse sintetizados, entre otras muchas, en la reciente STS de 18 de mayo de 2006, Ar. 3169, ponente E. Espín Templado. Estas dificultades probatorias son las que nos llevan a reafirmarnos en algo que ya analizamos (la necesidad de que la conducta –la falsa señal de alarma– se haya reiterado) y que, aunque situamos en la tipicidad, estaría también muy próximo a una concreción normativa del alcance de esa prueba indiciaria (ciertamente, la negligencia o el deficiente funcionamiento en la verificación se deduce con mayor facilidad si la falsa incidencia en el mismo sistema de seguridad ha acontecido varias veces al mes, que si sólo una).

En general, sobre la presunción de inocencia y la prueba de la culpabilidad vid. el completo estudio de Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador. La aplicación de los derechos fundamentales*, tesis doctoral, en prensa, donde también se ocupa del valor probatorio de las actas de inspección y similares, con un exhaustiva exposición doctrinal y jurisprudencial que le lleva a la defensa de interesantes posiciones; A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad...*, op. cit., págs. 150-156; A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., págs. 397-400 y 414 y ss.; M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 632 y ss.

(22) A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 406; M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 635 y 653 y ss.

(23) Así, A. DE PALMA DEL TESO, con acierto, sostiene que el grado de diligencia estará en función de circunstancias como el “tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas”, las “actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia” y las “actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia” (*El principio de culpabilidad...*, op. cit., pág. 142).

(24) Por ejemplo, distinto es el supuesto de las infracciones relativas a la tenencia de armas que contiene la Ley de Seguridad Privada, por la especial entidad de los intereses públicos en juego. A este respecto, con gran acierto, REBOLLO PUIG ha afirmado que esa singularidad del principio de culpabilidad que suele expresarse como una presunción de culpa y que lo aproxima a la responsabilidad objetiva no es un elemento característico del Derecho Administrativo Sancionador, sino de cierto tipo de infracciones administrativas que tienen como bien protegido los fines de la policía administrativa (*Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 632 y ss.) Y es eso lo que estimamos que no ocurre en el presente supuesto, donde el fin

B) Elementos que configuran positivamente el alcance del deber de diligencia de las Centrales de Alarmas

a) El deber de instruir al usuario del servicio

El artículo 47 RSP impone a las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas el deber de “instruir al usuario del funcionamiento del servicio, informándole de las características técnicas y funcionales del sistema y de las responsabilidades que lleva consigo su incorporación al mismo”. Lógicamente, esta formación no puede ser meramente nominal –que se limite a la inclusión en el contrato de una cláusula en la que el cliente afirme haber recibido la información y formación necesaria sobre el sistema de seguridad–, sino que debe ser real y adecuada al sistema. Se deben entregar al usuario unos manuales prácticos de funcionamiento del sistema claros y comprensibles y, en el momento de la entrega, se le debe explicar con claridad y detenimiento su funcionamiento²⁵.

No obstante, este deber tampoco significa que se pueda imputar a la Central de Alarmas cualquier uso incorrecto o inadecuado del sistema de seguridad por parte del titular. A este respecto, son preocupantes los datos estadísticos que tanto la Administración como las empresas de seguridad privada ofrecen, y donde se recoge que alrededor del 60% de las falsas alarmas tienen su origen en un mal uso del sistema de seguridad por su titular. Ciertamente, una parte de este porcentaje corresponderá a una insuficiente instrucción al usuario, pero la mayor parte parecen tener su origen en un uso irresponsable del sistema por parte de su titular (utilización por múltiples usuarios –hijos, familiares, servicios de limpieza, etc.– a los que el titular no ha formado e informado convenientemente, olvidos, animales de compañía,...) y tales actuaciones no pueden hacerse recaer sobre las Centrales de Alarmas. A nuestro juicio, esta realidad hace aconsejable acudir a otros mecanismos jurídicos más adecuados, tales como un mayor uso de la orden de desconexión de un sistema de seguridad por haber generado varias falsas alarmas o el establecimiento de una tasa por el servicio de respuesta policial.

b) El deber de verificar las señales de alarma antes de su transmisión a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El alcance de este deber de verificación (artículo 48.2 RSP) es posiblemente la cuestión más problemática que se presenta en este ámbito, especialmente, por la parquedad con la que la normativa de seguridad privada se ocupa de esta cuestión y por las importantes contradicciones en ella existentes.

Sobre la base de lo previsto en el artículo 5.f) LSP, el artículo 48.2 RSP, en su redacción actual, establece que las Centrales de Alarmas estarán obligadas a realizar la “verificación con los medios técnicos y humanos de que dispongan”. Una interpretación sesgada, aislada y equivocada de este precepto podría llevar a pensar que las Centrales de Alarmas deben o pueden realizar dicha verificación, indistinta o conjuntamente, a través de tales

protegido directamente no es la seguridad de los ciudadanos –que sí sería sin lugar a dudas uno de los fines característicos de la policía administrativa– sino el buen uso de los servicios policiales.

(25) En la misma línea, las conclusiones de la Mesa de Trabajo de “Tecnología” del I Congreso Nacional de Seguridad Privada (Seguritecnia, núm. 289, noviembre de 2003, pág. 54).

medios técnicos y humanos. Sin embargo, tal interpretación sería errónea, por cuanto esta previsión debe ponerse en conexión con la nueva redacción dada al artículo 49 RSP y la novedad introducida del servicio de verificación de alarmas mediante desplazamiento de personal a los propios recintos.

a') Los problemas jurídicos de la verificación por medios personales

En la actualidad existe un debate jurídico, con posiciones contradictorias en el propio Ministerio del Interior, sobre si la posibilidad de prestar ese servicio de verificación de alarmas mediante desplazamiento de personal a los propios recintos está vigente o requiere necesariamente de la aprobación de la disposición reglamentaria a la que se refiere el propio artículo 49, donde se precisarían las condiciones y características de prestación de este servicio²⁶. Más aun, debe tenerse en cuenta, especialmente por las intensas exigencias de seguridad jurídica que conlleva el principio de tipicidad y culpabilidad en el ámbito sancionador, que el vigente artículo 26.2 de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1997, sigue disponiendo que esa labor de verificación no podrá en ningún caso efectuarse mediante desplazamiento del personal al lugar de los hechos. Insistimos, en el ámbito sancionador, la falta de claridad en las conductas tipificadas y en los propios deberes cuyo incumplimiento se pretende sancionar conlleva necesariamente la imposibilidad de imponer tal sanción, pues, en caso contrario, se estarían vulnerando los principios de tipicidad y culpabilidad.

Más aun, aunque la prestación del servicio de verificación de alarmas mediante el desplazamiento de personal a los propios recintos estuviera vigente, lo que no plantea duda alguna es que se trata de un servicio “complementario” (así lo califica expresamente el artículo 49.1 RSP). Esto es, está en manos del cliente el contratarlo o no²⁷. Por tanto, yerran claramente en su razonamiento aquellas sentencias que al referirse a este deber de verificación, se refieren —sin mayores matizaciones— a la posibilidad por parte de las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas de enviar vigilantes de seguridad para la verificación de las señales de alarma²⁸. Insistimos en que esa verificación mediante vigilantes de seguridad es un servicio complementario que las Centrales de Alarmas sólo pueden

(26) Mi posición al respecto, en *La seguridad privada...*, op. cit., págs. 82 y ss; y “La seguridad privada a debate. Algunas cuestiones jurídicas esenciales”, *Análisis del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, núm. 17, noviembre, 2005, págs. 11-13.

(27) Éste es el motivo que nos lleva a no compartir la identificación que realiza José SANTIAGO PÉREZ, gran conocedor del problema de las falsas alarmas y al que agradecemos su colaboración para comprender los aspectos técnicos de este problema, entre verificación técnica-alarma y verificación humana-alarma real. La admisión de tal equiparación supondría que sólo podría tener la consideración de alarma real aquella que hubiera sido objeto de una verificación humana, lo que, en última instancia, supondría convertir la verificación mediante desplazamiento de personal en un servicio obligatorio cuando la normativa lo configura como algo complementario que el cliente puede o no contratar y la empresa prestar (“Verificación de alarmas. Real Decreto 1123/2001. Análisis y propuestas”, *Seguritecnica*, núm. 310, julio-agosto 2005, pág. 106).

(28) Entre otras, la STSJ de Madrid de 27 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: A. Roldán Herrero, JUR 2005/19845: “Si el teléfono es el único ‘medio técnico’ de que se dispone búsquense otros más idóneos y fiables o dispóngase de personal de proximidad debidamente dotado para verificaciones” (FJ 6º) (la cursiva es nuestra).

prestar si el cliente voluntariamente lo contrata²⁹. Aun más, las Centrales de Alarmas ni siquiera tienen el deber de prestar ese servicio (nada de ello hay en los requisitos necesarios para obtener la autorización de funcionamiento), aunque los clientes manifestaran interés en él. A lo sumo, podría llegar a ser un deber para la empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios, si la normativa sobre medidas de seguridad así se lo impusiera –a día de hoy, esto no ocurre–, pero no para la Central de Alarmas.

En definitiva, esa verificación mediante vigilantes de seguridad, que tampoco es la panacea para el problema de las falsas alarmas³⁰, no puede incluirse dentro del deber de diligencia de las empresas de seguridad explotadoras de Centrales de Alarma. Además, recordamos que se trataría de un servicio que está todavía pendiente de un desarrollo reglamentario por parte del Ministerio del Interior, donde se podrían precisar mejor buena parte de estas cuestiones.

b') La verificación a través de medios técnicos: la conveniencia de la aprobación de un protocolo de actuación

Esta verificación por medios técnicos, como se acaba de exponer, es por ahora la única obligatoria. Como ya se verá más adelante, la Administración del Estado podría –incluso debería sobre la base del principio de seguridad y la trascendencia de este aspecto en el ámbito sancionador– reglamentar con mayor detalle las exigencias de calidad, fiabilidad y adecuación de esos medios técnicos. Al respecto, prácticamente lo único que se encuentra son las previsiones contenidas en el artículo 26 de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1997, donde se establece:

“Se considerará prealarma la activación de un elemento secundario del sistema; entendiéndose por señal de alarma la activación del elemento o elementos principales o de más de un elemento secundario.”

La finalidad de esta previsión es poco clara, en particular, la calificación de la activación de un elemento secundario del sistema como “prealarma”. Es evidente que una prealarma no es una señal de alarma. Por tanto, ¿cuáles son los deberes de actuación para las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas ante una prealarma? Debe tenerse en cuenta que el deber de verificación que impone la normativa sobre seguridad privada se refiere

(29) Además, en el caso de clientes residenciales, si la empresa explotadora de la Central de Alarmas intentara imponerles la contratación de este otro servicio complementario estaría incurriendo en una infracción propia de la legislación de protección al consumidor. En concreto, “la realización de transacciones en las que se imponga injustificadamente al consumidor o usuario la condición expresa o tácita (...) de prestarle (...) un servicio no pedido (...)” (artículo 3.2.4. del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, y, en parecidos términos, la legislación autonómica aplicable).

(30) Al respecto, *vid.* la STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: M. López Muñoz Goñi, JUR 2002\51024, donde ni la utilización de las cámaras internas del establecimiento ni la inspección personal externa de los locales sirvieron para nada, pues los ladrones entraron por un patio interior. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de octubre de 2000, Sala de lo Civil, JUR 2001\8585, donde se establece la responsabilidad civil de una central de alarmas –a pesar de alegar que desplazó personal a su servicio al lugar de los hechos que no observó nada–, porque “la entidad demandada reputó la alarma de modo notoriamente infundado como falsa sólo por el hecho de que el exterior del inmueble no presentaba nada anormal, cuando los presuntos ladrones habían entrado en el local por el sistema del butrón, el cual es hipotéticamente posible y previsible (...)”.

siempre a señales de alarma, pero nunca a prealarmas. Por tanto, ¿qué pretende la norma calificando esa activación como prealarma?, ¿puede derivarse alguna consecuencia jurídica del hecho de que una Central de Alarmas no verifique una prealarma ni, por tanto, la comunique a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si el resultado final ha sido la comisión de algún ataque o invasión del bien protegido? Sin lugar a duda, no cabría en este supuesto sancionar a la Central de Alarmas por la infracción consistente en “no transmitir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las señales de alarma que se registren en las centrales privadas” [artículo 22.1.h) LSP], por cuanto falta el supuesto de hecho, esto es, la existencia de una señal de alarma. Cabría incluso plantearse la posibilidad de la utilización de este precepto por parte de la empresa de seguridad si el cliente le reclamara una indemnización por los daños. Sin embargo, la diferencia entre los principios que rigen en el ámbito sancionador y en el de la responsabilidad civil hace que seamos muy cautos a la hora de admitir esta última posibilidad.

En segundo lugar, el precepto entiende como señal de alarma la activación de un elemento principal o de más de un elemento secundario. Esto refuerza la importancia del proyecto previo de instalación donde, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se deben determinar el número de elementos de detección que se van a instalar y su categoría³¹. Sin embargo, reglamentariamente no se profundiza en esta cuestión ni se aportan criterios que debieran tenerse en cuenta para ello. Más aun, tampoco se establece nada sobre el contenido de esa verificación técnica. Por tanto, la Central de Alarmas debe aplicar aquella que considere más adecuada³² —más adelante nos ocuparemos de lo relativo a las características de los medios materiales y técnicos— y, en cualquier caso, guardar constancia documental —en los soportes que corresponda— de todas las actuaciones de verificación realizadas³³.

(31) En este sentido, son muy interesantes las propuestas de J. SANTIAGO PÉREZ (no considerar alarma real el disparo de una zona principal si va acompañada de señales de cancelación, desconexión o conexión reciente por parte del usuario; considerar las señales de alarma en zonas principales como secundarias si se han comunicado deficiencias al usuario, hasta su subsanación, etc.), aunque la mayoría de ellas necesitan una reforma reglamentaria que les dé cabida (*Seguritecnia*, núm. 289, noviembre de 2003, pág. 58).

(32) Una correcta aplicación de las consecuencias del principio de culpabilidad y de la extensión del deber de diligencia en la verificación técnica de señales de alarma, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2005, sentencia núm. 1161/2005, ponente A. PÉREZ NAVARRO, que anula una sanción por falsa alarma al considerar que no concurría el elemento culpabilístico pues “una vez se recibió la señal de alarma, se procedió a telefonar a la instalación, nadie contesta, se intenta localizar al responsable llamando a los teléfonos de contacto sin éxito, a la vez que se hacían las comprobaciones sobre la autenticidad de la señal por el terminal bidireccional, confirmando este medio que se trataba de una señal de elemento principal, es decir, tras utilizar todos los medios técnicos al alcance de la empresa, y no existiendo otra posibilidad, se dio aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

(33) Por ejemplo, son frecuentes las sentencias en las que el Tribunal arguye que no consta o no se ha aportado al expediente ninguna actuación de verificación por parte de la empresa de seguridad (vid., entre otras, la STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: M. López Muñoz Goñi, JUR 2002|51069; y STSJ de Aragón de 31 de marzo de 2005, Sala de lo contencioso-administrativo, recurso núm. 565/2001, ponente V. Goñi Larrumbe). En otras ocasiones, sí se aportan estas actuaciones e incluso son admitidas como base de un fallo favorable. En esta línea, la STSJ de Madrid de 14 de abril de 2003, Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: A. Roldán Herrero, JUR 2003\274063, donde se aporta el listado diario de incidencias donde figura una llamada al establecimiento donde surgió la señal de alarma y que fue respondida por alguien que dio una respuesta clave incorrecta; o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2005, sentencia núm. 1161/2005, arriba mencionada, donde se aporta el histórico/registro del abonado. Finalmente, en algún caso, las sentencias exigen que conste la identificación de la persona que atiende esa llamada.

Por tanto, puede afirmarse que, a diferencia de lo que ocurre en otros servicios de seguridad privada, no se ha producido un desarrollo reglamentario suficiente del contenido del servicio que prestan las empresas receptoras de señales de alarma. A este respecto, debe recordarse el mandato que la Disposición Final Primera de la Ley de Seguridad Privada dirige al Gobierno para que éste dicte las normas reglamentarias que sean precisas para determinar:

“b) Las condiciones que deben cumplirse en la prestación de servicios y realización de actividades de seguridad privada.”

Pero, ¿qué ocurre hasta tanto se produzca ese deseable desarrollo reglamentario? En otros sectores de nuestro ordenamiento donde también se imponen a los empresarios determinados deberes genéricos como el que ahora estamos analizando (piénsese, por ejemplo, en el deber general de seguridad de los productos que se ponen en el mercado; o en los deberes en el ámbito de la seguridad laboral), que no se acompañan de una concreción reglamentaria exhaustiva de todas las situaciones posibles, se ha desarrollado, con un importante éxito, el instrumento de la autonormación³⁴. El resultado de esta autonormación recibe distintas denominaciones: normas técnicas (UNE, ISO, EN, DIN, etc.), códigos de buenas prácticas, protocolos, etc. Es frecuente que tanto el derecho positivo como la propia jurisprudencia —que en numerosas ocasiones los utiliza como patrón del deber de diligencia— atribuyan ciertos efectos jurídicos a estos instrumentos. Para que ello ocurra, en su elaboración se debe buscar un equilibrio entre los intereses públicos en juego y los legítimos intereses de los sectores implicados. Cuanto mayor sea ese equilibrio —lo que generalmente se manifiesta exteriormente mediante una participación de los poderes públicos en su elaboración—, mayor será su valor jurídico. Por tanto, sería conveniente que el sector trabajara, con la mayor base asociativa posible, en la elaboración de un protocolo de verificación de señales de alarma³⁵. A nuestro juicio, la sede para su elaboración debería ser un grupo de trabajo dentro de la Comisión Mixta Central de Coordinación de la Seguridad Privada³⁶. Si fuera así, incluso podría prescindirse de buena parte de ese desarrollo reglamentario al que nos hemos referido con anterioridad.

(34) Sobre este instrumento, entre otros, vid. José ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002; M^a. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005; Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; Marc TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003; J.R. MOLES I PLAZA, *Derecho y Calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel, Barcelona, 2001; Manuel IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000; Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000; y el pionero trabajo de Elisenda MALARET I GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”, *RAP*, núm. 116, 1988.

(35) En la misma línea, las conclusiones del I Congreso Nacional de Seguridad Privada. Una interesante exposición de un Protocolo de Verificación Secuencial, basado en la densidad de detección, puede encontrarse en J. SANTIAGO PÉREZ, “Verificación de alarmas...”, *op. cit.*, págs. 108-110, con unos datos estadísticos sobre los resultados obtenidos tras su aplicación, donde se aprecia que el porcentaje de alarmas comunicadas que son reales pasa del 10% al 65%.

(36) La Orden Ministerial de 26 de junio de 1995, por la que se regula la organización y funcionamiento de las Comisiones Mixtas de Coordinación de la Seguridad Privada, recoge entre sus funciones la de “proponer criterios de coordinación de las empresas y el personal de seguridad privada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. Bien es cierto que, en su caso, la aprobación de esta propuesta de Protocolo de verificación correspondería a los órganos competentes del Ministerio del Interior.

No obstante, la mera incorporación de un hipotético protocolo de verificación elaborado sin esas garantías y equilibrios al contrato suscrito entre la empresa de seguridad y el cliente no es un elemento suficiente para eximir a ésta, en su caso, de una sanción administrativa. En este sentido, interesa reproducir uno de los fundamentos jurídicos de la STSJ de Madrid de 27 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo³⁷, que se ocupa precisamente de esta cuestión:

“(…) la empresa reconoce los incidentes (diecinueve señales de alarma infundadas en menos de un mes en un mismo establecimiento) pero alega que se limitó a cumplir el contrato suscrito con el cliente, intentar contactar con él y si no se puede, desviar la llamada. Pues bien, el contrato visado lo que refiere es la constancia de un número de contacto con el cliente y nada más, porque no puede obligarse ante el mismo parcialmente respecto de lo que la norma le obliga, que está por encima del contrato que es una relación privada empresa-cliente (...) (y) que impone una verificación ‘por medios propios’ (...)”.

En definitiva, la determinación de aquello que constituya una “falsa incidencia” —que es la conducta típica— no puede quedar al albur de un negocio jurídico privado, lo que parece lógico. El valor jurídico que pueda tener el seguimiento de un determinado protocolo a la hora de realizar la verificación de una señal de alarma estará en función de la satisfacción que ese protocolo ofrezca al deber de verificación impuesto a las Centrales de Alarmas y del equilibrio que en él hayan alcanzado todos los intereses en juego; no, desde luego, por su inclusión o no en un determinado contrato. A lo sumo, esto puede tener trascendencia a los efectos de determinar posibles responsabilidades civiles, pero no las sancionadoras.

C) Actuaciones posteriores a la verificación, cuando, tras transmitir la señal de alarma a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, existen indicios de que aquélla hubiera podido ser falsa

a) Actuaciones tendentes a garantizar el funcionamiento adecuado de los sistemas

Debe tenerse en cuenta que una de las conductas tipificadas en el anteriormente transcrito artículo 22.2 LSP es el “deficiente funcionamiento”. Este deficiente funcionamiento puede ser tanto de la Central de Alarmas, como de los sistemas de seguridad del cliente, como de los sistemas de comunicación entre ambos. Consecuentemente, el deber de diligencia de las Centrales de Alarmas lleva a éstas a tener que garantizar el buen funcionamiento de sus propias instalaciones y responder también —en los términos que inmediatamente se dirá— de las del cliente. En cuanto a estas últimas, deben tenerse en cuenta las previsiones del artículo 43 RSP:

“1. Los contratos de instalación de aparatos, dispositivos o sistemas de seguridad, (...) cuando se conecten con una central de alarmas, comprenderán el mantenimiento de la

(37) Ponente: A. Roldán Herrero, JUR 2005/19845.

instalación en estado operativo, con revisiones preventivas cada trimestre (...) (L)a entidad titular de la instalación podrá, sin embargo, asumir por sí misma o contratar el servicio de mantenimiento y de realización de revisiones trimestrales con otra empresa de seguridad.

2. (...) cuando las instalaciones permitan la comprobación del estado y del funcionamiento de cada uno de los elementos del sistema desde la central de alarmas, las revisiones preventivas tendrán una periodicidad anual (...)”³⁸.

Sobre la base de estas previsiones, distinguimos dos supuestos:

a’) La Central de Alarmas tiene también contratado el servicio de mantenimiento de la instalación

En este supuesto, el deber de diligencia de la Central de Alarmas exige la verificación, prácticamente sistemática (salvo que criterios técnicos o las circunstancias concurrentes al caso aconsejen otra cosa), de las instalaciones, una vez producida lo que resultó ser una falsa alarma³⁹. Si en la verificación se observaran deficiencias técnicas, se procedería a su subsanación. Si en la verificación no se observara ninguna deficiencia técnica, se intentaría identificar, si es posible, el origen de la falsa alarma⁴⁰. A este respecto, la estadística muestra que un altísimo porcentaje de estas señales falsas de alarma se deben a un mal uso. Si éste es el motivo, con la correspondiente constancia documental, se debería informar al cliente del posible origen de la señal falsa y de la forma de utilizar correctamente la instalación para evitarla. Finalmente, si, a pesar de estas verificaciones e informaciones al cliente, las falsas alarmas persisten y presumiblemente se deben a un mal uso de la instalación, debería valorarse la posibilidad de solicitar a la Administración el inicio de las actuaciones previstas en el artículo 50 RSP.

b’) El mantenimiento de los equipos y sistemas de seguridad conectados a las Centrales de Alarmas está contratado con otra empresa o lo realiza el propio cliente (ex artículo 43.3 RSP)

En este supuesto, la Central de Alarmas debería comunicar a esa otra empresa de seguridad o al propio cliente la incidencia, dejando constancia de dicha comunicación. Sin embargo, como ya se ha dicho, el artículo 43 RSP no incluye este supuesto entre aquellos en los que es necesaria una revisión de las instalaciones. Por tanto, el deber de

(38) Esta previsión plantea problemas en la práctica, a la hora de determinar si una concreta instalación permite o no esas comprobaciones a las que se refiere el RSP desde la Central de Alarmas.

(39) En la jurisprudencia analizada son frecuentes las sanciones por reiteradas comunicaciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en un plazo relativamente corto de tiempo –una semana, uno o dos meses, ...–, de lo que después resultan ser falsas alarmas. Buena parte de ellas se confirman en sede judicial pues el juez entiende que la Central de Alarmas no ha aportado elementos de prueba suficientes que acrediten el cumplimiento de su deber de diligencia. Entre otras muchas, la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 11 de junio de 2002, Sala de lo contencioso-administrativo, JUR 2002/210991: “la recurrente no ha acreditado que haya actuado con la diligencia necesaria a partir de la primera falsa alarma, aportando datos precisos sobre la revisión del sistema instalado, o haber intentado con prontitud la subsanación de las anomalías que dieron lugar a su mal funcionamiento, al activarse de forma innecesaria en tres ocasiones en días muy próximos” (FJ 4º). En la misma línea, la STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 2002, JUR 2002\189892.

(40) En esta línea, aunque con una formulación excesivamente tajante que no compartimos, Jorge SALGUEIRO sostiene que “determinar quién es el responsable directo de la falsa alarma es evidente que es responsabilidad última de la empresa de seguridad” (“La reducción de las falsas alarmas, una cuestión a analizar”, *Seguritecnia*, núm. 302, diciembre 2004, pág. 98).

diligencia de la Central de Alarmas se colma con esta comunicación, no pudiendo hacer recaer sobre ella la responsabilidad que pudiera derivar de un deficiente funcionamiento de la instalación cuyo mantenimiento corresponde a otros. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que distinto sería si la necesidad de esta revisión estuviera prevista en el artículo 43 RSP pues entonces entraría en juego directamente el artículo 46 RSP que enumera el cumplimiento del artículo 43 como un requisito de conexión. Esto es, si esa revisión fuera obligatoria, la Central de Alarmas debería suspender la conexión hasta tanto ésta se realizara.

Todas las actuaciones de verificación *a posteriori* que hemos mencionado en este epígrafe se basan necesariamente en la comunicación por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la Central de Alarmas de que la señal transmitida respondía a una falsa alarma. Entendemos que esta comunicación debería realizarse a la Central de Alarmas en ese momento y no meses más tarde, dentro de la incoación de un expediente sancionador, cuando las subsanaciones y verificaciones ya son estériles⁴¹.

b) Sobre la discutible posibilidad de rescisión del contrato

En caso de reiterarse las falsas alarmas y que se tenga la certeza o la posibilidad más verosímil de que éstas se deban a un mal uso de la instalación por parte del cliente o de un funcionamiento deficiente del sistema sobre el que la Central de Alarmas no pueda actuar por no tener contratado su mantenimiento, podría plantearse la posibilidad de la rescisión del contrato y consiguiente desconexión del sistema de la Central de Alarmas. Así lo ha afirmado expresamente alguna jurisprudencia sin entrar en más detalles y sin argumento alguno⁴². Sin embargo, consideramos que esta facultad de rescisión no es tan clara sobre la base de lo dispuesto en el RSP y merece un estudio más detallado.

Para que dicha rescisión y la consiguiente desconexión se puedan producir, estas facultades deben estar expresamente previstas en el contrato que hayan firmado el cliente con la empresa explotadora de la Central de Alarmas. A este respecto, debe tenerse en cuenta que este contrato no está sometido plenamente a la libre voluntad de las partes. Así, el artículo 20 RSP establece que “el formato de los contratos y de las comunicaciones se ajustará a las normas y modelos que se establezcan por el Ministerio del Interior, sin perjuicio de la posibilidad de adición en los contratos, de pactos complementarios para aspectos no regulados en el presente Reglamento”. En el modelo contractual actualmente contenido en el Anexo IV de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1997, no se in-

(41) En la misma línea, aunque a través de una vía indirecta que nos parece que complica la cuestión, se sitúa una de las conclusiones de la Mesa de Trabajo sobre “Ámbito jurídico” del I Congreso Nacional de Seguridad Privada, donde se propone el “establecimiento de una operativa policial que, al atender una alarma de origen desconocido, deje depositado un documento de requerimiento expreso al cliente de contactar con la central receptora y de poner en práctica las medidas necesarias para corregir las causas de la señal” (“I Congreso Nacional de Seguridad Privada”, *Seguritecnia*, núm. 289, noviembre de 2003, pág. 82). Aunque esta propuesta persigue también otras finalidades —en especial, una mayor implicación del cliente—, entendemos que la información debería facilitarse directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la Central de Alarmas.

(42) Entre otras, la STSJ de Madrid de 27 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso-administrativo, ponente A. Roldán Herrero, JUR 2005\19838, FJ 4º.

cluye ninguna previsión sobre esta posibilidad de rescisión contractual y desconexión de sistemas. Por tanto, en su caso, entraría en juego el segundo inciso del precepto transcrito, esto es, la adición de pactos complementarios. Sin embargo, el mismo precepto introduce un importante límite a esta facultad de adicionar pactos: que se trate de aspectos no regulados en el RSP. Precisamente, ahí reside el mayor obstáculo para incluir en los contratos esta facultad de rescisión y consiguiente desconexión de los sistemas de seguridad con la Central de Alarmas, por cuanto tales cuestiones se encuentran reguladas en el artículo 50 RSP, que prevé al respecto un concreto procedimiento para la desconexión de los sistemas de seguridad, suspensión y rescisión del contrato. Por tanto, no es posible la inclusión de previsiones contractuales al respecto, por cuanto se trata de un aspecto imperativamente regulado por el RSP.

C) Elementos que delimitan negativamente el alcance del deber de diligencia de las Centrales de Alarmas

Una vez expuesto el alcance de los aspectos más importantes que consideramos que integran el deber de diligencia de las Centrales de Alarmas, pasamos a analizar otra serie de elementos que constituyen o bien deberes normativos impuestos a otros sujetos o lagunas normativas, de cuyo incumplimiento o consecuencias no puede hacerse responsable a las Centrales de Alarmas so riesgo de vulnerar el principio de culpabilidad, bien en su corolario del principio de personalidad de las sanciones o principio de responsabilidad personal por hechos propios o bien en una de sus exigencias, la buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos⁴³.

a) El deber de la Administración de regular y aprobar las características de los medios materiales y técnicos

Corresponde a la Administración la regulación y aprobación de las características de los medios materiales y técnicos, aparatos de alarma y dispositivos de seguridad que se instalen y utilicen y las propias características técnicas de las Centrales de Alarmas [artículo 4 y DF 1.c) LSP, artículos 40 y 42.3 RSP]. En lo relativo a las propias Centrales de Alarmas, habrá de estarse esencialmente a lo previsto en el artículo 13 de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1997, por la que se concretan determinados aspectos en materia de empresas de seguridad. Sin embargo, debe advertirse que este precepto se centra fundamentalmente en las características que garantizan la seguridad del local destinado a Central de Alarmas y del propio servicio y no tanto en las características técnicas de la Central de Alarmas.

En cuanto a los aparatos y sistemas de seguridad, el artículo 42.3 RSP establece que “si la instalación de seguridad se conectara a una Central de Alarmas, habrá de reunir las características que se determinen por el Ministerio del Interior”. Con carácter general, esa regulación se encuentra en el artículo 25 de la mencionada Orden ministerial de 23

(43) A. NIETO GARCÍA, en la segunda edición de su *Derecho Administrativo Sancionador*, afirmaba que la buena fe “de algún modo, complementa la diligencia debida” (pág. 348).

de abril de 1997. Este precepto dispone que los sistemas de seguridad que se pretendan conectar con una central de alarmas deberán:

- Disponer de varios elementos de protección, de los cuales al menos uno —elemento principal— ha de proteger directamente los bienes a custodiar, debiendo los demás —elementos secundarios— estar instalados en los lugares de acceso o zonas de paso obligado hacia los bienes⁴⁴.

- Contar con la tecnología que permita desde la central de alarmas la identificación singularizada de las señales correspondientes a las distintas zonas o elementos que componen el sistema, así como el conocimiento del estado de alerta o desconexión de cada una de las zonas o elementos, y la desactivación de las campanas acústicas.

A esto habría que añadir la exigencia de homologación a que se refiere con carácter general el artículo 4.1 LSP cuando establece que “para garantizar la seguridad, solamente se podrán utilizar (...) los medios materiales y técnicos homologados, de manera que se garantice su eficacia y se evite que produzcan daños o molestias a terceros” o “perjuicios a los intereses generales” (añade el artículo 23 de la Orden Ministerial de 23 de abril de 1997, por la que se concretan determinados aspectos en materia de empresas de seguridad). Esto es, la LSP parte del sometimiento de todos los medios materiales y técnicos —por ejemplo, equipos de seguridad, centrales de alarmas, etc.— a un control administrativo previo —la homologación—, en el que la Administración verificaría si éstos cumplen con las características establecidas reglamentariamente. No obstante, esta homologación sólo aparece regulada expresamente para un concreto medio material y técnico de seguridad —que es precisamente el que ahora nos ocupa—: los sistemas de seguridad. Sin embargo, la regulación que realiza el artículo 24 de la mencionada Orden Ministerial dista mucho del sistema que la ley prevé, pues se limita a establecer que estos productos se considerarán homologados si reúnen las características generales que vimos que contenía el artículo 25 (donde, para mayor despropósito, no se habla ni de eficacia, ni de daños o molestias a terceros, ni de perjuicios a los intereses generales). En puridad, lo que el precepto hace es suprimir cualquier control administrativo previo. Más aun, ni siquiera se exige un sistema de autocertificación. Esto es, se mantiene formalmente el término homologación que recogía la LSP pero totalmente vacío de contenido, separándose claramente del esquema establecido en esta Ley y generando graves lagunas.

En definitiva, las exigencias generales establecidas por el artículo 25 de la mencionada Orden Ministerial son mínimas y excesivamente escuetas, haciendo lícita la utilización, en ocasiones, de medios técnicos de escasa fiabilidad, frente a los que la Administración no establece ningún control previo. Por tanto, si la Administración permite la utilización de tales medios técnicos, no puede más tarde sancionar con el argumento de que la

(44) La aplicación práctica de esta previsión normativa no está exenta de dificultades. Así, a nuestro juicio y sobre la base de los bienes jurídicos protegidos (inviolabilidad del domicilio, intimidad, vida e integridad personal, seguridad, concretos bienes patrimoniales, etc.), en aquellos recintos que tengan la consideración de domicilio prácticamente todos los elementos deben ser principales. A lo sumo, podría haber elementos secundarios si existiesen patios exteriores o similares.

utilización de tales medios supone una deficiente verificación de las señales de alarma, pues eso supone vulnerar la exigencia de buena fe que debe regir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, y, si se apura, incluso el principio de seguridad jurídica. La Administración debe establecer una regulación más clara y exigente al respecto⁴⁵, prohibir el uso de tales materiales y cumplir con la exigencia de homologación establecida en la LSP. Este instrumento de carácter normativo para proteger los intereses públicos en juego es necesariamente de carácter previo al sancionador. No cabe que una infracción de peligro abstracto se transforme en un instrumento de regulación del desarrollo de una actividad. Más aun, esa forma de proceder está próxima a la desviación de poder, pues supone la utilización de la potestad sancionadora no con la finalidad que le es propia —castigar una conducta tipificada como infracción—, sino con otra finalidad —ciertamente, también de interés público— como es la de garantizar una determinada calidad en los sistemas de seguridad y centrales de alarmas existentes en el mercado. Pero para eso la propia LSP prevé otros instrumentos administrativos.

Finalmente, no cabe duda de que si las Centrales de Alarmas conectan sistemas que no cumplan estos requisitos obligatorios mínimos, además de transgredir la normativa, están asumiendo la responsabilidad sancionadora que derive del funcionamiento inadecuado de estas instalaciones.

b) La responsabilidad de la empresa instaladora del sistema de seguridad

La empresa instaladora del sistema de seguridad (y no la empresa que explota la Central de Alarmas) es la que debe elaborar un proyecto de instalación “con objeto de alcanzar el máximo grado posible de eficacia del sistema, de fiabilidad en la verificación de las alarmas, de colaboración del usuario, y de evitación de falsas alarmas” (artículo 42.2 RSP) y ello adaptado a las características arquitectónicas del recinto y al riesgo que se quiera cubrir. Por tanto, no se puede hacer recaer sobre las empresas explotadoras de Centrales de Alarmas, las consecuencias de un mal o inadecuado diseño de los sistemas de seguridad. Ello supondría vulnerar el principio de culpabilidad en uno de sus corolarios: el principio de responsabilidad personal por hechos propios.

No obstante, la responsabilidad propia de las empresas instaladoras sufre una importante matización —aunque no una negación total— cuando el artículo 42.3 RSP establece que el certificado de la instalación, además de por la empresa instaladora, cuando la

(45) Una regulación mucho más detallada puede encontrarse en el artículo 10 de la misma Orden. Este precepto regula las medidas de protección electrónica de los depósitos de explosivos y llega incluso a fijar que los “sistemas acreditarán un MTBF mejor o igual a 20.000 horas”.

En este sentido, en las conclusiones de la Mesa de Trabajo “Tecnología” del I Congreso Nacional de Seguridad Privada se sostiene que una buena instalación de seguridad es “aquella que utiliza equipos homologados por una norma cuya tecnología presente: una tasa tendiendo a cero de causas espurias que pueden provocar un disparo del sistema; unos parámetros de detección, que sean difícilmente vulnerables o violables por pautas de comportamiento evasivas del intruso, escalonadas en un gradiente proporcional a la focalización del riesgo y correlativas a la definición de niveles técnicos de calidad de la norma EN; terminales de comando con información suficiente para el usuario y de fácil manejo; una duración media de funcionamiento óptimo conocida; estabilidad de funcionamiento seguro en ambientes y situaciones adversas; validación técnica testada” (I Congreso Nacional de Seguridad Privada, *Seguritecnia*, núm. 289, noviembre de 2003, pág. 52).

instalación vaya a conectarse a una Central de Alarmas, también deberá emitirse por la propia Central de Alarmas, “de forma que se garantice su funcionalidad global”. No cabe duda de que mediante este certificado la empresa explotadora de la Central de Alarmas también asume como propia una responsabilidad en el buen funcionamiento de la instalación, esto es, en parte, se le está colocando en una posición de garante del cumplimiento de sus obligaciones por parte de otro sujeto. A nuestro juicio, esa responsabilidad no puede ser la misma que la de la empresa instaladora. Sin embargo, la dificultad está en determinar hasta dónde llega. Sin negar la dificultad del discurso, a partir de la literalidad del artículo 42.2 se podría realizar un esfuerzo interpretativo que delimitara la responsabilidad que asume la empresa explotadora de la Central de Alarmas. Podría defenderse que lo único que certifica la empresa explotadora es “el resultado positivo de las comprobaciones efectuadas”. Esto es, que la Central de Alarmas no asume responsabilidad alguna por el diseño, ni por el hecho de que las mencionadas comprobaciones previstas por la empresa instaladora sean las adecuadas o no para asegurar que la instalación cumple su finalidad preventiva y protectora. Esto es, la empresa explotadora certificaría la realización de unas comprobaciones, pero no asumiría responsabilidad sobre la adecuación o no de las comprobaciones realizadas. En sistemas de seguridad complejos, mantener lo contrario, supondría en la práctica que las Centrales de Alarmas tendrían que realizar su propio estudio y proyecto de instalación, lo que es a todas luces improcedente, pues eso significaría vaciar de contenido las funciones propias de las empresas instaladoras de sistemas de seguridad y la tipología de los servicios de seguridad privada que establece y define la LSP.

c) La responsabilidad de la empresa encargada del mantenimiento del sistema de seguridad

El mantenimiento del sistema de seguridad puede corresponder a la empresa de seguridad que realizó la instalación, a otra empresa de seguridad o a la propia entidad titular de la instalación⁴⁶. El deber principal que la normativa impone a la empresa encargada del mantenimiento –que, como se ha dicho, puede o no coincidir con la Central de Alarmas– es el de mantener la instalación en estado operativo. Con un carácter instrumental de ese deber, el RSP le impone otros dos⁴⁷:

- La realización de las revisiones periódicas, en los plazos correspondientes.
- La disposición de un servicio técnico adecuado que permita atender debidamente las averías de los sistemas de seguridad en un plazo de veinticuatro horas, incluso en días festivos.

(46) La propia entidad titular de la instalación podrá asumir este mantenimiento “cuando dispongan del personal con la cualificación requerida, y de los medios técnicos necesarios” (artículo 43.3 RSP y artículo 43.1 RSP).

(47) La Mesa de Trabajo de “Tecnología” del I Congreso Nacional de Seguridad Privada propuso que para determinados supuestos se estableciera la necesidad de una renovación de equipos al término de su vida estadística promedio útil sin averías (Seguritecnia, núm. 289, pág. 54).

d) Otros supuestos que eximen o atenúan la responsabilidad: las nuevas instalaciones y la producción de una sola falsa alarma

– Falsas incidencias que se producen en instalaciones conectadas recientemente a una Central de Alarmas. En estos supuestos, son diversos los motivos que pueden justificar la aparición de estas falsas incidencias: adaptación y aprendizaje del personal en el manejo del sistema de alarma, colocación o diseño inadecuado que se manifiesta con el uso, etc. No cabe duda de que en una instalación nueva la probabilidad de un funcionamiento inestable es mayor y esto es así a pesar de que se aplique la diligencia debida. A nuestro juicio, este elemento debe entenderse que generalmente reduce la gravedad del hecho y, por consiguiente, actuar como circunstancia atenuante de la responsabilidad (ex artículo 31.1 LSP y artículo 131.3 LAP) que debiera ser apreciada de oficio por el propio órgano sancionador o alegada por el presunto infractor.

– Producción de una sola falsa incidencia. Existe una línea jurisprudencial que mantiene la ausencia de culpabilidad en estos supuestos y, por tanto, la imposibilidad de sancionar la conducta. Más arriba nos ocupamos de otra línea jurisprudencial que consideraba que en estos supuestos el elemento que faltaba era la tipicidad. En cualquier caso, aunque con argumentos distintos, el resultado final es el mismo: la conducta no es sancionable.

Los razonamientos se centran fundamentalmente en lo relativo al deficiente funcionamiento. Así, la STSJ de Madrid de 27 de julio de 2005⁴⁸ sostiene que “son lógicas algunas deficiencias puntuales (...)” (FJ 5º). Con mayor claridad, la STSJ de Madrid de 20 de junio de 2001⁴⁹, Sala de lo contencioso-administrativo, cuyo FJ 2º afirma:

“(...) no puede apreciarse que haya existido culpa o negligencia por parte de la empresa hoy recurrente, en primer lugar porque la instalación es correcta, y en segundo lugar porque la alarma se ha producido de forma aislada, sin precedente alguno, por lo que difícilmente puede estimarse cometida una infracción administrativa”.

(48) Sala de lo contencioso-administrativo, ponente: A. Roldán Herrero, JUR 2005/19845.

(49) Ponente: M. López Muñoz Goñi, JUR 2001\305860.

De nuevo sobre el caso del aceite de orujo: la STSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006

MARIOLA RODRÍGUEZ FONT

Doctora Universidad de Barcelona

Resumen

DE NUEVO SOBRE EL CASO DEL ACEITE DE ORUJO: LA STSJ DE ANDALUCÍA DE 5 DE ENERO DE 2006

La posibilidad de que la alimentación sea una fuente de riesgo para la salud humana ha llevado a las autoridades públicas, en los últimos tiempos, a extremar las precauciones. El contexto normativo en el que hoy se desarrolla la intervención administrativa en el ámbito de la seguridad alimentaria plantea ciertos interrogantes. Algunas incógnitas se

despejan, en cierto modo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de enero de 2006, relativa al ya conocido como “caso del aceite de orujo”. Esta sentencia, que se desmarca de resoluciones precedentes, contribuye sin duda a delimitar el contorno de importantes principios y categorías que operan en el tratamiento actual de los riesgos

Abstract

AGAIN ABOUT THE CASE OF THE OIL OF RESIDUE: THE STSJ DE ANDALUSIA OF JANUARY 5 2006

The possibility that the feeding is a source of risk for the human health has taken to the public authorities, in the last times, to carry to an extreme the cautions. The normative context in which today the administrative

intervention is developed in the environment of the alimentary security outlines certain queries. Some hidden motives are clear up, in certain way, in the sentence of the Superior Court of Justice of Andalusia January 5 2006

about the already known as “ the oil of residue case.” This sentence different from the precedent resolutions, contributes without

a doubt to define the contour of important principles and categories that operate in the current treatment of the alimentary risks.

Sumario:

I. Introducción. II. El contexto fáctico del caso del aceite de orujo. III. Las primeras sentencias recaídas sobre el asunto. IV. La Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006. V. Aspectos conclusivos al hilo de la sentencia.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora ha sido un lugar común, entre los que en algún momento hemos centrado nuestra atención en un tema relacionado con el riesgo, el comentario sobre la pereza jurisprudencial en descifrar ciertos enigmas. Los contornos del principio de precaución, sus luces y sus sombras, se encuentran desde hace algunos años entre las más reproducidas y a la vez exploradas incógnitas.

En la presentación europea de este principio se afirmó que su contenido y sus límites debían precisarse por los responsables políticos y las instancias jurisdiccionales; quienes, a través de sus manifestaciones, contribuirían a delimitar en cada momento su espacio de acción. Se aseguró que la capacidad de actuación de este principio evolucionaría en paralelo con los valores políticos y sociales prevalentes en cada comunidad.

Años después, en nuestro país, la esperada contribución jurisprudencial en torno a este principio se ha empezado a echar de menos por la doctrina; incluso por las Adminis-

traciones públicas me atrevería a decir, recelosas a invocarlo como justificación de sus actuaciones.

La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 5 de enero de 2006, merece, por varios motivos, un comentario. En primer lugar, porque se trata seguramente de la primera sentencia en nuestro país que aborda la definición y las pautas procedimentales de aplicación del principio de precaución en el ámbito alimentario. Es decir, es una resolución en la que los jueces no rehuyen tratar el principio de precaución en materia alimentaria. En segundo lugar, porque alude además a los nuevos conceptos y categorías con los que, en la actualidad, se opera en dicho ámbito. Me refiero a los conceptos, entre otros, de “riesgo tolerado”, “tensión ciencia-derecho” o “evaluación y gestión del riesgo”.

Siguiendo un orden cronológico coherente en relación con el ya conocido como “caso del aceite de orujo”, comenzaré exponiendo los hechos para pasar a comentar, brevemente, el contenido de las primeras resoluciones de la Audiencia Nacional. A continuación, y de modo más profundo, entraré en el contenido de la sentencia del TSJ de Andalucía, para terminar dando una leve pincelada sobre las principales características del tratamiento actual de los riesgos alimentarios que se desprenden de esta resolución judicial.

II. EL CONTEXTO FÁCTICO DEL CASO DEL ACEITE DE ORUJO

Los hechos que originaron la alerta alimentaria fueron, de forma resumida, los siguientes:

En mayo de 2001, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación –MAPA– comunicó a la Secretaría General de Seguridad Alimentaria del Ministerio de Sanidad y Consumo que un diario de la República Checa había publicado una noticia –firmada por el jefe de un instituto higiénico regional– en la que se advertía que el consumo prolongado de aceite de oliva podía producir células carcinógenas, por el hecho de contener un número elevado de compuestos policíclicos (Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos, en adelante HAPs). En el artículo se aludía al aceite de orujo español y se citaban varias marcas.

El propio MAPA consideró que se trataba de una cuestión puntual, sospechando desde el principio que, muy probablemente, la noticia publicada respondía a intereses comerciales de otros países, como Italia.

Pese a esta inicial percepción, se procedió a la evaluación del riesgo potencial del aceite analizando varias muestras (la verdad, pocas, unas ocho) y, puesto que no existía normativa ni comunitaria ni nacional sobre la presencia de límites máximos de dichos compuestos en los alimentos, se tomaron como parámetro de análisis o como referencia las publicaciones al respecto de la Organización Mundial de la Salud y de la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer.

La toxicidad detectada en estos compuestos llevó a la conclusión de la necesidad de gestionar el asunto como un riesgo grave para la salud.

El 3 de julio de 2001 el Laboratorio Arbitral Agroalimentario y los técnicos del Centro Nacional de Alimentación del Instituto de Salud Carlos III confirmaron los resultados de los análisis, es decir, la contaminación del aceite de orujo de oliva con los llamados HAPs (en concreto, el alfabenzopireno). Este hecho llegó a conocimiento del Ministerio de Sanidad y Consumo y ese mismo día se procedió a la notificación de la alerta a través de la Red de Alerta Alimentaria o Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información, remitiendo también la información a los puntos de contacto nacionales de la Red, a la Comisión Europea y ésta a sus Estados Miembros.

Se declaró, así, por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo, en base al principio de precaución, la alerta alimentaria confidencial¹ por la presencia de HAPs en “aceites de orujo de oliva” aconsejando la inmovilización cautelar y transitoria de cuantos productos se comercializaran bajo esa denominación y la de “aceite de orujo refinado de oliva”.

De la alerta alimentaria pueden destacarse varios aspectos:

- 1) Se reconoció que la presencia de los compuestos carcinógenos en el aceite se ocasionaba como consecuencia de una práctica tecnológica determinada.
- 2) Se manifestó que no se había podido establecer para estos compuestos un nivel de ingesta seguro, con lo que la recomendación del Comité Mixto sobre aditivos de la FAO/OMS era de minimizar su exposición humana.
- 3) Se supeditó el levantamiento de la medida cautelar a la ausencia de detección de dichos compuestos en base a un método analítico que tuviera como límite 1ppb (un microgramo de benzopireno por kilo, o una parte por billón).
- 4) Y lo más importante, se fundamentó la adopción de la alerta en base a dos normas distintas:
 - a) En primer lugar, en la contravención del artículo 1.1 de la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Aceites Vegetales Comestibles, que establece que los mismos deben estar en perfectas condiciones de consumo.

(1) En efecto, la alerta alimentaria declarada tenía carácter confidencial. La información transmitida a través de la Red a los puntos de contacto antes mencionados no se realizó con el objetivo de tener una trascendencia externa. Sin embargo, tal y como se explica en la propia sentencia, la noticia saltó posteriormente a los medios de comunicación debido a la quiebra del principio de confidencialidad por la difusión de la alerta por parte de la Comunidad Autónoma vasca.

b) En segundo lugar, en el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, en base al cual se aconsejó —subráyese el verbo— la inmovilización cautelar transitoria².

Hasta aquí llegó la actuación de la Administración estatal instrumentada a partir de las actuaciones de dos ministerios, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y del Ministerio de Sanidad y Consumo; y que puede resumirse en: a) la activación de la alerta alimentaria confidencial y b) la recomendación a las Comunidades Autónomas de inmovilizar las partidas de aceite de orujo. Ambas acciones se acordaron en aplicación del principio de precaución.

Fueron varias Comunidades Autónomas las que, una vez recibida la información del Ministerio de Sanidad y Consumo, y en virtud de sus competencias de ejecución, ordenaron la inmovilización cautelar y transitoria del aceite de orujo, acompañando a dicha orden instrucciones de actuación a todas las delegaciones provinciales.

El “caso del aceite de orujo” ejemplifica, de este modo, el eventual contexto en el que puede plantearse la utilización del principio de precaución en materia alimentaria y sirve asimismo para observar el tipo de medidas que pueden adoptar los órganos administrativos competentes. No cabe olvidar, además, que ésta fue también —por otro orden de motivos—, una “crisis” relevante, puesto que dañó de forma grave la imagen del sector ocasionándole pérdidas millonarias, a pesar de que las medidas cautelares se mantuvieron muy pocos días.

III. LAS PRIMERAS SENTENCIAS RECAÍDAS SOBRE EL ASUNTO

Tras la desestimación, en algunos casos expresa y en otros presunta, de la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración, los recursos presentados en el proceso contencioso-administrativo por los profesionales del sector olivarero ante la Audiencia Nacional, se dirigieron contra la Resolución de la Directora General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001 por la que se declaraba la alerta alimentaria y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria del aceite comercializado bajo la denominación de “aceite de orujo refinado y de oliva”. Se basaron en una identidad de hechos y de alegaciones, pretendiendo principalmente obtener del Ministerio una indemnización que hiciera efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños y perjuicios.

Se aludió, entre otros motivos, al incumplimiento del deber de confidencialidad por la activación de la Alerta Sanitaria a través del Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información, causante directo del consiguiente “revuelo periodístico”; y a la ausencia de un trámite de audiencia y de un procedimiento administrativo previo con objeto de valorar dicha medida.

(2) En la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el fundamento legal de la intervención por motivo de alimentos concerniente a la salud se halla, efectivamente, en los artículos 23 y siguientes.

Las alegaciones que sin duda tuvieron mayor peso fueron, por un lado, las que atribuyeron al acto administrativo unos fines precautorios “de dudosa justificación” en relación con la salud de los consumidores (puesto que en ningún caso existió una gravedad inminente); y, por otro, la constatación de que dicho aceite cumplía con los parámetros legales establecidos. Se argumentó, en este sentido, que no existía normativa ni de ámbito nacional ni comunitario que estableciera unos niveles máximos de alfabenzopireno (no sólo en el aceite sino en la cadena de alimentos en general), y que la aparición e incremento de las sustancias HAPs en el aceite se había producido a partir de la implantación en España de un sistema tecnológico de extracción de aceite de oliva “propiciado y subvencionado por los poderes públicos para evitar graves problemas medioambientales que afectaban al interés general”.

La práctica tecnológica aludida así como la ausencia de normativa reguladora fueron uno de los primeros extremos reconocidos por la Administración pública, sin que ello pudiera considerarse “una patente” que permitiera al sector comercializar el aceite en condiciones de riesgo para la salud pública³.

La Audiencia Nacional consideró que el procedimiento de adopción de la Alerta no estaba sujeto a lo establecido en el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, siendo el procedimiento descrito en esa normativa vinculante en relación con la adopción de las medidas ejecutivas de inmovilización competencia de las Comunidades Autónomas.

Remarcó que la “Alerta alimentaria no ordena nada sino que se limita a aconsejar la inmovilización que debía llevarse a efecto por las Comunidades Autónomas por lo que es difícil establecer la oportuna relación de causalidad”. Entendió que el deber de confidencialidad en orden a no perjudicar la imagen de marca de un producto debía compaginarse con la posibilidad de divulgar información para proteger adecuadamente la salud y seguridad de las personas. Finalmente, consideró que sí existía un riesgo grave e inminente para la salud y que la falta de determinación en el ámbito científico del nivel de exposición para considerar la presencia de un riesgo no restaba fundamento a la medida adoptada por la Administración.

Así, todos los recursos presentados por los productores de aceite contra la resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo resultaron desestimados y sus peticiones de indemnización frustradas.

Se reconoció que dicha alerta había supuesto un daño y un perjuicio para las empresas, pero no se consideró acreditada la existencia de un daño derivado de la Administración

(3) El Instituto de la Grasa del Consejo Superior de Investigaciones Científicas –CSIC– señaló en un comunicado que eran, en efecto, los cambios tecnológicos en los procesos de elaboración ocurridos en los últimos años los que habían supuesto un incremento de las sustancias cancerígenas, pero que las industrias, en ausencia de legislación específica al respecto, habían tomado medidas para rebajar sus niveles hasta valores recomendados por la *European Economic Community Seed Crusher's and Oil Processor's Federation*.

sanitaria que los particulares no tuvieran el deber de soportar. La alerta declarada no constituyó una lesión antijurídica al ajustarse al marco normativo de aplicación y sus principios. Se motivó utilizando para ello un informe del Consejo de Estado que insistía en que la alerta estaba “jurídica y científicamente justificada por lo que las empresas dedicadas a la producción de aceite de orujo de oliva estaban obligadas a acarrear los daños y perjuicios ocasionados por la alerta”⁴.

Otra suerte corrieron, sin embargo, aquellos empresarios que dirigieron su reclamación de responsabilidad patrimonial contra los actos administrativos de ejecución (de la recomendación ministerial) dictados por las Consejerías de salud o agricultura de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura y Madrid, entre otras⁵.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE 5 DE ENERO DE 2006

La sentencia que nos ocupa emana, precisamente, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y conoce de un recurso contencioso-administrativo presentado por la empresa olivarera “Hijos de Espuny, SA”, contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Consejería Andaluza de Agricultura y Pesca.

La acción de responsabilidad se ejercita por los daños económicos que se ocasionaron a dicha empresa y que tuvieron origen en la alerta alimentaria decretada en julio de 2001.

El Tribunal estima la pretensión de la parte demandante y apoya su resolución indemnizatoria, que asciende a casi 4 millones de euros, sobre una serie de hechos y argumentos clave, como los que siguen:

A) En primer lugar, el contenido de los informes de los que hizo uso la Administración y las pruebas periciales realizadas durante el juicio.

Por un lado, el informe mencionado, utilizado como base por el Ministerio de Sanidad y Consumo para declarar la alarma (informe FAO/OMS de Expertos en Alimentos alimentarios), reconocía que se habían encontrado pruebas poco fehacientes sobre la carcinogenicidad del benzopireno en el ser humano. Sus efectos sobre el hombre se antojaban insignificantes, a diferencia de lo que mostraban los resultados de las pruebas con animales. Este informe optaba, pues, por recomendar la minimización de la exposición a dicha

(4) Idénticas son las resoluciones de la Audiencia Nacional en todas las sentencias analizadas: SAN de 14 de julio de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Tomás García Gonzalo); SAN de 21 de julio de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González); SAN de 13 de octubre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana); SAN de 3 de noviembre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana); SAN de 3 de noviembre de 2004 (Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana) y SAN de 10 de noviembre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González).

(5) Un comentario sobre estas sentencias puede encontrarse en M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2006, en prensa.

sustancia, mencionando ciertas prácticas modificables en manos de los propios consumidores (como el lavado de frutas).

Las pruebas periciales, por otro lado, determinaron la ausencia de una situación de urgencia. Constataron que las autoridades sanitarias conocían el problema desde hacía tiempo —puesto que habían estado manteniendo reuniones con productores y envasadores de aceite de orujo para reducir el alfabenzopireno— y que la presencia de HAPs era y es común en muchos alimentos de consumo habitual —como la bollería o las patatas fritas— presentándose incluso en concentraciones superiores. Este hecho lleva al Tribunal a afirmar que se conocía la toxicidad de estos compuestos desde hacía bastantes años y que, por tanto, no existía una situación de “urgencia” ante la que reaccionar. Urgencia, por otro lado, cuya existencia es necesaria en orden a decretar una alerta alimentaria y que su falta se vio, si cabe y a criterio del órgano judicial, todavía menos justificada tras constatar que los aceites inmovilizados cumplían con todas y cada una de las autorizaciones y controles legalmente exigidos.

B) En segundo lugar, el Tribunal, tras un recordatorio de la articulación actual del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, entra en el análisis de la base legal de la actuación administrativa concreta.

Para ello analiza el fundamento jurídico en el que se basó la Alerta y es en ese momento cuando se menciona, por primera vez, el principio de precaución; entendiendo que la actuación administrativa se enmarcaba dentro de las exigencias del mismo. La alerta se fundó en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, el artículo 3.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en los artículos 6.4 y 8 del Real Decreto 44/1996⁶.

De dicha base normativa se desprende, a criterio del órgano judicial, la exigencia o concurrencia legal de dos requisitos en orden a la adopción de determinadas medidas: El primero, la existencia o sospecha razonable de un riesgo para la salud; y el segundo, que dicho riesgo sea inminente y extraordinario. Si concurren estas circunstancias, las autoridades sanitarias pueden escoger, en base a la Ley General de Sanidad, la Ley de los Consumidores y Usuarios y la propia Ley de Salud de Andalucía de 1998, entre distintas

(6) El Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, de medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio, ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos. Este Real Decreto constituye una disposición de carácter horizontal y supletoria de las específicas existentes para todos los productos que puedan llegar al consumidor, incluidos los alimentos. Contribuye, sobre las bases legales fijadas por leyes generales como la de sanidad, a hacer efectivo el deber general de no producir ni comercializar productos inseguros —en la formulación más actual de dicha exigencia—. Tal y como hacía su predecesor, el Real Decreto de 2003 regula un aspecto importante en el marco del tratamiento de la salud y seguridad de las personas, cual son las eventuales medidas a adoptar y el procedimiento para hacerlo. Puede considerarse, entonces, la regulación reglamentaria básica que desarrolla esas normas legales bajo un respeto absoluto a lo previsto en la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos y con una especial mención al principio de precaución que, según el propio texto, “permite actuar, aunque no haya una certidumbre científica total sobre la peligrosidad del producto”.

medidas preventivas, como la suspensión del ejercicio de actividades, el cierre de empresas o sus instalaciones o la intervención de medios materiales y personales.

Las Comunidades Autónomas, en este contexto, debían llevar a cabo la ejecución de la recomendación ministerial de inmovilización de las partidas de aceite siguiendo el cauce establecido por los artículos 8 y 9 del Real Decreto 44/1996. Estos artículos prevén que, con carácter previo a la adopción de una decisión que implique alguna limitación a la comercialización de un producto o que obligue a su retirada del mercado, es necesario instruir un procedimiento en el que se cumplimente un trámite de audiencia a las partes y la decisión sea motivada y notificada a los interesados siguiendo los trámites de la Ley 30/1992.

El Tribunal constata que la medida de inmovilización se adoptó sin seguir procedimiento alguno e *inaudita parte*. Al tratarse de un supuesto de coordinación interadministrativa, la Administración estatal conservaba cierto poder de dirección respecto la toma de decisiones de carácter unilateral, pero entiende que era la Administración Autonómica la competente para ejecutar y llevar a la práctica la decisión. Y siendo así, fue esta última la que descuidó toda tramitación procedimental de la medida adoptada.

C) En tercer lugar, el Tribunal basa su resolución indemnizatoria en el análisis de la legitimidad de la actuación administrativa desde el prisma del principio de precaución, para determinar la antijuridicidad o no de los daños producidos.

Tras mencionar el fundamento de dicho principio en el Tratado de la Unión y destacar la sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo trasladan al ámbito de la salud alimentaria a propósito del episodio de las vacas locas –las Sentencias Reino Unido/ Comisión y Nacional Farmers Union, ambas de 5 de mayo de 1998–, adopta la definición comunitaria del principio de precaución y, lo que es más remarcable, utiliza para juzgar su correcta aplicación los criterios comunitarios asentados en la Comunicación de la Comisión sobre el recurso a dicho principio del año 2000.

Así, de entrada, se establece que el primer requisito para poder ampararse en el principio de precaución es que se identifique un riesgo; y el segundo, que exista incertidumbre científica como resultado de la evaluación realizada.

Es justo en este punto en el que surge la idea de tensión entre la Ciencia y el Derecho, pues existe incertidumbre científica como resultado de una evaluación realizada sobre los efectos de productos que tienen todas las autorizaciones requeridas. En la medida que la industria del aceite, sus productos, respetaban y se ajustaban a la legalidad, lo que resultaba totalmente ineludible era la exhaustividad en el contraste y acreditación efectiva de la incertidumbre.

Lo que se reprocha a la Administración, en definitiva, es que adoptara medidas excepcionales sin que existiera exhaustividad en la investigación científica; o, en otras palabras, nuevos datos científicos que apoyaran de forma suficiente la medida. Las medidas se

apoyaron en unos conocimientos respecto los que ni siquiera podía colegirse ninguna evidencia ni duda razonable de que dicho compuesto pudiera ser cancerígeno para el hombre. Todo lo contrario, como se ha dicho, aquel conocimiento y los informes utilizados tan sólo recomendaban disminuir los niveles de los componentes peligrosos en el aceite. El problema que determinó la alerta era conocido por la Administración. Se trató, además, de una alarma sorpresiva y desconocida por completo por productores y comercializadores.

Así, el Tribunal Superior de Justicia interpreta que el principio de precaución se utilizó de forma ligera, poco rigurosa, empleándose como instrumento o como excusa para no profundizar en la propia investigación, quedando plenamente deslegitimada su aplicación. Reconoce, además, que la decisión pública de intervenir ante determinadas situaciones se inscribe dentro de los parámetros de las decisiones políticas y utiliza aquí, por primera vez, el concepto del nivel de riesgo que debe evaluarse en el momento de actuar, una vez descartado por imposible el riesgo cero.

Desde este punto de vista, la opción de la Administración se juzga también arbitraria, por cuanto aunque el nivel de riesgo era incierto, no se había producido ningún cambio a destacar y el mismo resultado podía haberse conseguido con una medida menos incisiva. Por ejemplo, una medida como la que se adoptó veintidós días después de ordenar la incautación origen de la controversia: la reducción de los niveles mediante normativa adecuada, mediante la Orden de 25 de julio de 2001 por la que se establecían los niveles permitidos.

El Tribunal es rotundo cuando se dirige tanto a la Administración Estatal como Autonómica y reitera con firmeza que la incertidumbre y el posible riesgo para la salud no amparan cualquier medida excepcional bajo la protección del principio de precaución; porque, en cualquier caso, resulta indispensable aplicar una serie de elementos que garanticen cierto equilibrio entre los intereses en juego. A partir de aquí, y analizando uno por uno los criterios que deben seguirse en la aplicación del principio de precaución, se valora su concurrencia en la acción de inmovilización:

Las medidas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas dadas las circunstancias y en función de la peligrosidad y el nivel de protección elegido. Como es lógico la proporcionalidad ha de conllevar que se elijan las medidas de reducción del riesgo entre las alternativas menos restrictivas. Se resalta lo absolutamente desproporcionado de las que se adoptaron, entendiendo que bastaba con una Orden reduciendo los niveles de las sustancias potencialmente cancerígenas. Y así lo patentiza el escaso tiempo en que tuvieron efectividad, tan sólo catorce días.

Las medidas serán no discriminatorias, pues se han de aplicar de manera que posibiliten un nivel de protección equivalente. Desde luego, desde un punto de vista comercial, la medida resultó ser gravemente discriminatoria. Y lo fue por dos motivos: porque no se hizo nada respecto de otros productos alimentarios con el mismo problema, y porque,

además, se identificó el problema no con el producto específico —el aceite de orujo— sino con su procedencia, esto es, el aceite español. Por tanto, la alerta afectó y tuvo graves consecuencias sobre el aceite de oliva en general.

Como concluye el Tribunal, no parece coherente que se actuara de manera tan categórica y perjudicial respecto del aceite de orujo y no se hiciera nada respecto del resto de alimentos con idéntico problema. Por lo tanto, las medidas no fueron coherentes con las similares ya adoptadas en condiciones parecidas o utilizando planteamientos semejantes.

Las medidas deben ser ponderadas en relación con las ventajas y los inconvenientes que implican, teniendo en cuenta el análisis económico correspondiente y otras consideraciones sociales o que se refieran a la salvaguarda de la salud humana. El Tribunal valoró que las decisiones adoptadas resultaban exageradas en atención a los antecedentes y la cantidad de ingesta del producto para entender la posibilidad de un daño real a la salud.

Finalmente, las medidas deben ser provisionales, manteniéndose mientras perduren los factores que procuraron su adopción y dependiendo su modificación tanto de la evolución de las investigaciones científicas, como de la persistencia del riesgo. Conocido el problema años antes, el único factor novedoso lo significó la noticia en los medios de comunicación checos, que se consideró insuficiente a efectos de aportar datos objetivos que elevaran el riesgo conocido.

La conclusión del Tribunal en este aspecto es que el principio de precaución, cuando las medidas adoptadas están justificadas, no inflige un daño antijurídico. En el caso concreto, puesto que las medidas se consideraron infundadas, precipitadas e innecesarias, los daños que se derivaron se reputaron antijurídicos “por no existir causa de justificación expresa y legalmente prevista” y por actuar la Administración al margen del Derecho y del Ordenamiento jurídico.

D) En cuarto y último lugar, el Tribunal se debate sobre el problema de la imputación. La pretensión indemnizadora no se circunscribe sólo a los daños derivados de la inmovilización sino que es en relación con la totalidad de los daños que se dedujeron de la actuación administrativa (desplome del sector y consecuencias directas sobre la empresa Espuny).

Entiende el órgano judicial que éste es un supuesto de gestión compartida, donde la competencia no correspondía en exclusiva a una Administración sino que era compartida entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas. La considera una actuación administrativa dentro de una unidad de gestión o forma conjunta de gestión, y no cabe, según él, la distinción entre grados de responsabilidad y daños ocasionados por cada una, por tratarse de una responsabilidad solidaria (quedando, en todo caso, a disposición de las mismas la distribución de las responsabilidades derivadas).

V. ASPECTOS CONCLUSIVOS AL HILO DE LA SENTENCIA

El caso del aceite de orujo es, de algún modo, ejemplo de la evolución de los riesgos presentes en la alimentación, en la medida que aborda el tema de los posibles riesgos generados por la aplicación de la tecnología al ámbito alimentario; permitiendo ver cómo se considera hoy que deben articularse los mecanismos jurídicos de los poderes públicos para hacerles frente.

Esta evolución de los riesgos puede observarse fácilmente si hacemos un paralelismo, tal vez un poco forzado, con otro episodio causado por el mismo producto hace más de 25 años: la crisis del aceite de colza (un paralelismo salvando las distancias que son muchas y de muy distinto orden).

Con el síndrome tóxico existió un perjuicio real y grave sobre la salud y vida humana que no fue consecuencia de la aplicación de tecnología a los alimentos. El perjuicio fue consecuencia de un fraude arbitrado por el sector olivarero: la desviación para el consumo humano de aceite de uso industrial⁷. Los peligros de la adulteración del aceite eran conocidos y su práctica prohibida mediante las reglamentaciones de policía alimentaria⁸. La muerte de miles de personas fue consecuencia de una adulteración vulgar y poco sofisticada del aceite, una adulteración prohibida y deliberada por parte de los sujetos del sector.

Por el contrario, en el caso del aceite de orujo, que no se cobró afortunadamente ni una víctima, la alarma surgió por la presencia en el aceite de unas sustancias, unos compuestos, cuya existencia era fruto de la aplicación al mismo de una tecnología propiciada por la propia Administración, con el objetivo de proteger el medio ambiente. No existía, además, normativa que pudiera establecer unos límites máximos de ingesta, precisamente por la incertidumbre científica existente. El riesgo no se generó por una actividad ilegal sino todo lo contrario.

Vemos así que en la alimentación existen riesgos de diferente naturaleza. Puede distinguirse entre lo que se llama un riesgo de tipo social, como en el primer supuesto, el del aceite de colza, derivado del comportamiento humano de carácter ilícito (un riesgo que ha existido y existirá siempre); y también un riesgo de tipo tecnológico, con un origen más reciente, que deriva de la aplicación de la tecnología a los alimentos y que se produce en actividades que cumplen estrictamente con la normativa, como sucedía en el presente caso.

(7) La Administración defendió en todo momento que dicha enfermedad era producida por la ingestión de una determinada partida de aceite de colza desnaturalizado importado de Francia y sometido en nuestro país a un proceso de renaturalización o extracción del producto colorante. El agente tóxico se encontraba en las anilinas que se habían utilizado para dicha desnaturalización o bien en las anilidas que estas anilinas originaron durante el proceso de renaturalización y que eran, en cualquier caso, sustancias tóxicas susceptibles de ocasionar un envenenamiento a gran escala. Con posterioridad, tanto la Administración como los Tribunales, optaron simple y llanamente por considerar el aceite de colza como vehículo de un agente tóxico desconocido, sin entrar en su concreta denominación.

(8) Véase M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria...*, op. cit.

Lo cierto es que la presencia de determinados riesgos derivados de la alimentación en nuestra sociedad es relativamente reciente y se ha tenido que reaccionar frente a ellos creando nuevos organismos y desarrollando nuevas herramientas, competencias y sistemas de intervención⁹.

Los poderes públicos no han tenido hasta ahora, por así decirlo, grandes dificultades en el control de peligros y riesgos. Es cierto que siempre ha habido sucesos relacionados con la alimentación, como por ejemplo, el engorde de animales con medicamentos prohibidos, pero las crisis alimentarias que en verdad han intranquilizado, las que han hecho tambalear la confianza de la sociedad en las Administraciones públicas, han sido las de finales de los noventa¹⁰. La percepción social de los riesgos ha sido distinta en uno y otro caso, con mayor sensación de inseguridad en relación con las últimas crisis, tal vez porque no se han producido en el contexto de actividades manifiestamente ilegales, sino en actividades dentro de la legalidad.

Tras constatar las deficiencias de los sistemas públicos de intervención y control de la mayor parte de los países, la Unión Europea reacciona situando la seguridad alimentaria entre sus prioridades. Propone, de hecho, un nuevo marco interventor: el conocido como “análisis de riesgos”, al que se alude en la propia Sentencia. El sistema de análisis de riesgos, que se define como una metodología sistemática en orden a la detección precoz de los riesgos asociados a la alimentación, está formado por tres elementos interrelacionados, que son la evaluación del riesgo, la gestión y su comunicación, atribuidos a distintos sujetos.

El primer elemento es la evaluación. La evaluación recae en manos de las instancias científicas y consiste en identificar y caracterizar los riesgos para la salud derivados de la exposición a un agente físico, químico o biológico procedente de los alimentos o el medio. La gestión del riesgo, es el segundo elemento, y abarca la decisión, el control y la adopción de medidas de prevención por parte de los poderes públicos, en particular de las Administraciones. En la base de la gestión del riesgo se halla el dictamen experto de los sujetos evaluadores. El último elemento, la comunicación del riesgo, implica el intercambio interactivo de información, a lo largo de todo el proceso de análisis del riesgo, entre los responsables de su determinación y los responsables de su gestión, así como con los consumidores, la industria alimentaria y otras partes interesadas.

(9) Cuando se produjeron los sucesos, en el año 2001, el Reglamento europeo 178/2002 por el que se establecen los requisitos básicos de la legislación alimentaria y por el que se establece la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria se estaba acabando de elaborar. Ni siquiera estaba en funcionamiento la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que se creará por Ley tan sólo unos días después de la alarma.

(10) La encefalopatía espongiforme bovina, sobre todo su variante humana o enfermedad de Creutzfeldt Jakob, así como las aves con dioxinas, fueron las dos crisis alimentarias que alertaron a las autoridades comunitarias y nacionales de la estrecha relación entre la sanidad animal y la salud humana; y de la necesidad de construir una auténtica política de seguridad alimentaria común. Es cierto que con anterioridad se habían sucedido episodios también críticos que tuvieron como protagonista la carne con hormonas, por ejemplo. Sin embargo, el detonante de la reacción comunitaria lo constituyeron sin duda los dos casos expuestos así como el debate suscitado por la presencia de nuevos tipos de alimentos o alimentos transgénicos en los mercados. Sobre este tema, véase M. RODRÍGUEZ FONT, “La política europea en materia de seguridad alimentaria”, L. ORTEGA ÁLVAREZ (dir.): *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 315 a 345.

Más que una metodología el sistema de análisis es una nueva forma de afrontar los riesgos para la salud derivados de los alimentos, potenciando la recopilación y estudio de datos y la transmisión de información, mediante la institucionalización de Agencias y Redes creadas al efecto con funciones de gestión de la información¹¹.

Es un sistema que introduce además nuevos principios, entre los que cabe destacar, cómo no, el principio de precaución, que se sitúa entre la evaluación y la gestión del riesgo. Precisamente, el mayor reproche que se hace por parte del Tribunal a la Administración autonómica es la desconexión entre la actividad de gestión de riesgo en virtud de la cual se adoptó la medida precautoria de inmovilización y la actividad de evaluación del riesgo, por el hecho de no estar, esta última, actualizada ni servir de base real a la adopción de la medida.

Otra conclusión que se extrae de la sentencia es que si bien es cierto que cabe reconocer la dimensión científica presente en el sistema decisional del Estado, el sistema de análisis y gestión de riesgos continúa siendo de forma predominante una cuestión política. De modo tal que ciencia y política —y los aspectos técnicos— relegan, en cierto modo, a un segundo plano los aspectos jurídicos de la decisión y de la acción estatal. Y ello se manifiesta tanto en la preparación del cuadro normativo que delimita el intervencionismo público para hacer frente al riesgo —que es en primera instancia técnico y sólo marginalmente jurídico—; como en el control jurídico de la propia acción pública —erigido sobre la base de apreciaciones científicas y políticas que no pueden someterse a una lectura jurídica con facilidad—. La legislación, para afrontar la presencia de incerteza y de falta de conocimiento se vale, por lo general, de referencias dinámicas como las llamadas “cláusulas técnicas” y de conceptos legales ciertamente vagos¹². El nivel de abstracción de las regulaciones del riesgo es elevado, por cuanto deben adaptarse al frenético ritmo del desarrollo tecnológico. Esta situación lleva a que, para reconducir la incerteza, se dote a la Administración pública de importantes márgenes de discrecionalidad en la aplicación de la ley.

La decisión de intervenir se ve condicionada, en cierto modo, por un nuevo concepto o límite: el riesgo aceptado. El concepto de riesgo permitido o aceptado que se maneja con cierta soltura en la Sentencia y que, como se dice en la misma, viene a sustituir la noción de peligro cero y orden público como referencias típicas de la policía adminis-

(11) El método de análisis del riesgo ha comportado una institucionalización del poder científico en el ámbito estatal e internacional. El porqué de la necesidad de inserción de dicho método en la actividad interventora de los poderes públicos es una cuestión aparentemente fácil de resumir: por la presencia de riesgos e incertidumbres, y por la incapacidad e imposibilidad de las Administraciones de hacerles frente con sus métodos tradicionales. Por lo que respecta al cómo, debe tenerse presente que si bien dicha institucionalización responde a momentos recientes, el asesoramiento experto no es en absoluto una novedad en la tarea administrativa sino que es un recurso que ha ido evolucionando en sus manifestaciones y organización hasta llegar a adquirir una consolidación y un peso específico sin precedentes.

(12) El papel de la Administración es crucial en el tratamiento jurídico de los riesgos, por cuanto mediante la aplicación de la ley caso por caso afronta problemas específicos. Y también por cuanto, en ejercicio de su poder reglamentario, concreta las estipulaciones legales reduciendo la vaguedad de los conceptos con determinaciones de tipo técnico más fácilmente adaptables al estado de la ciencia.

trativa¹³, es mudable. El riesgo residual, el socialmente aceptado y soportado es el que no sobrepasa los estándares legales de seguridad y es el que determina el legislador. Aumenta o disminuye en función de variables de distinto orden que pueden ir desde las mayores exigencias a los poderes públicos de seguridad y calidad alimentaria, al propio cambio en los hábitos alimentarios. Lo que en cada momento cabe entender por riesgo permitido vendrá dado por las decisiones adoptadas en el marco de la gestión por los sujetos competentes, y deberá encontrar su correspondiente reflejo en el ordenamiento jurídico¹⁴.

Así ocurre en el caso que nos ocupa, en el que se pasa de una situación de falta de normativa sobre los niveles máximos de HAPs en los alimentos, a establecer dicho límite en 1ppb; determinando, de esta forma, que hoy se entiende como un riesgo no aceptado todo lo que supere dicho umbral.

Mientras el peligro ha forzado, tradicionalmente, dentro del sistema de policía administrativa, a las autoridades públicas a intervenir, el riesgo, sólo si sobrepasa el umbral del riesgo aceptado o residual, compele a las autoridades a actuar. Las medidas que prevean adoptarse serán valoradas en relación con su capacidad para contribuir al logro del nivel de protección adecuado o su concordancia con el nivel de riesgo aceptado. Por ello mismo, el Tribunal critica la actuación de la Administración pública, en el sentido de que ésta optó por la medida más restrictiva para el sector cuando ni siquiera el límite legal del riesgo permitido se había podido determinar ni a nivel estatal ni comunitario.

Con todo, cabe constatar que en la determinación del riesgo aceptado intervienen de forma muy relevante los organismos científicos. En nuestro caso, la medida cautelar se adoptó en base a una “particular” y “forzada” interpretación de unas recomendaciones hechas por la Comisión Mixta FAO/OMS sobre aditivos e ingredientes alimentarios –Comisión que integra el Organismo Científico Internacional de mayor reconocimiento a nivel alimentario como es el *Codex Alimentarius*–.

Los organismos científicos son los que fijan materialmente la línea divisoria entre lo que es un riesgo aceptable o no –con posterior decisión formal por los sujetos gestores– cuyo respeto se impone al sector alimentario y en base al que los poderes públicos, las Administraciones sobre todo, adoptan medidas de gestión o de policía administrativa.

En el sistema de análisis es palpable una total interrelación entre los gestores del riesgo y los sujetos encargados de su determinación. Prácticamente toda acción del gestor –ya sea la promulgación de normativa o la adopción de una medida unilateral dirigida a un particular–, lleva siempre el sello o la participación del ámbito científico. Pero la verdad es que las instancias que ofrecen elementos de decisión y las que son competentes para

(13) J. ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, julio-septiembre 2003, págs. 324 y ss.

(14) La manera de identificar el nivel de riesgo por el que cada país decide apostar requiere un estudio de los medios a través de los cuales puede materializarse: la legislación, las medidas y actos singulares adoptados por la Administración, las recomendaciones dirigidas a los sujetos participantes en el sector, los ciudadanos, las resoluciones de los órganos judiciales, etc.

su adopción se hallan emancipadas desde la perspectiva orgánica y funcional. De ahí que se atribuya al sistema de análisis el asentamiento de una nueva división de poderes o funciones entre los sujetos encargados de la evaluación y los encargados de la gestión de riesgos.

Lo cierto es que ha sido necesario construir, en torno a los sectores dominados por el riesgo y la incerteza, una serie de elementos de apoyo. Este apoyo se ha materializado en la institucionalización del conocimiento científico o la creación y actividad de instancias científicas de asesoramiento: las Autoridades o Agencias de seguridad alimentaria¹⁵. El recurso al conocimiento experto se hace visible e imprescindible en el proceso decisorio. Puede concluirse con ello que la producción del saber y la gestión de la información reside hoy en día en estas Autoridades y que la información científica es, en consecuencia, una de las piezas clave para el control de riesgos alimentarios¹⁶.

Con todo, la toma de decisiones, como se observa en el caso analizado, no se basa necesariamente en la vulneración del ordenamiento jurídico o en las referencias jurídicas de las normas sino en la evaluación de los riesgos y los resultados presentados por las instancias científicas. La falta de evidencias y de referencias legales es una de las principales notas que distingue la gestión de riesgos de la policía administrativa: “La Administración se desenvuelve más allá de la legalidad vigente y con referencias técnicas o científicas que son, en muchos casos, inseguras y controvertidas”¹⁷.

En este contexto, adquiere especial relevancia la procedimentalización que instaaura el nuevo sistema de análisis del riesgo en la que los resultados de la última evaluación científica son requisito previo y necesario para la adopción de decisiones y medidas por parte de las Administraciones públicas competentes.

También se concluye de la sentencia que la aplicación del principio de precaución tiene, la mayor parte de veces, un contenido negativo. A excepción de algunas medidas –po-

(15) La creación de las agencias de seguridad alimentaria responde a la creciente necesidad de separar y formalizar el asesoramiento científico en la toma de decisiones públicas en materia de riesgos. Estas autoridades son las que centralizan la información y formalizan la cooperación entre las distintas agencias e instancias científicas, facilitando con ello el recurso público al conocimiento experto. La evaluación del riesgo es, como se ha dicho, una actividad independiente y realizada por sujetos distintos que los competentes para la gestión del mismo. Consiste básicamente en evaluar el riesgo asociado a determinado fenómeno, los elementos de incerteza ligados al mismo, así como en un pronóstico sobre su posible evolución. Por el contrario, la gestión de riesgos implica tanto la adopción de una decisión como el posterior seguimiento de su ejecución. La evaluación y gestión necesarias para afrontar los riesgos actuales suponen una mayor intervención de las autoridades públicas en la esfera privada de los particulares; es por ello que se entiende que hoy el riesgo aumenta las restricciones sobre la libertad de los ciudadanos.

(16) Esta institucionalización puede tener una lectura paralela como la de los límites de acceso de los poderes públicos al conocimiento directo o, dicho de otro modo, la limitación del Derecho ante la evolución, que hace preciso que en el proceso de decisión se dé participación a sujetos sin legitimación democrática para actuar pero con la legitimación otorgada por sus conocimientos.

(17) J. ESTEVE PARDO, “Ciencia y derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, enero-agosto 2003, pág. 146, y del mismo autor, “Privileged domain of risk treatment: risk and health”, *European Review of Public Law*, núm. 1, vol. 15, 2003, pág. 122, y “De la policía administrativa a la gestión...”, *op. cit.*, págs. 341 y 346.

cas— encuadrables dentro de la actividad administrativa de fomento, las medidas más contundentes que se adopten tendrán un carácter limitativo.

Aquello que más llama la atención de este principio es su posible tensión con el principio de legalidad. En la actualidad, como se observa en el caso de aceite de orujo, el cumplimiento de las prescripciones legales por los agentes del sector alimentario no es ya un obstáculo a una eventual intervención pública. Hoy no son las actividades ilegales las que presentan mayor problema sino aquéllas sobre las que planea en determinado momento, aun respetando los márgenes jurídicos, un estado de incertidumbre sobrevenida sobre sus potenciales efectos para la salud.

La evolución de los riesgos alimentarios ha hecho necesario dotar a las Administraciones públicas de un instrumento de intervención restrictiva ante la incertidumbre científica. Con el principio de precaución no resulta precisa la prueba de nocividad de un producto o un proceso para la adopción de medidas preventivas.

La precaución representa la actuación en un estadio anterior al que concierne a la acción preventiva tradicional, mediante la utilización de criterios e instrumentos científicos. El objetivo de la precaución es, en cierto modo, el control de la incertidumbre sobre la base del principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de precaución supone en sí misma una deliberación, con base en los datos disponibles, acerca de las consecuencias que se está dispuesto a asumir y las que no; decisión, además, susceptible de revisión y, por ello, dotada de cierta nota de provisionalidad, con todo lo que ello implica.

La legalidad, en sentido genérico, es lo que viene a excepcionar o a relajar la aplicación del principio de precaución¹⁸. Este principio forma parte de dicha legalidad y se ampara en ella para articular un régimen derogatorio, de carácter transitorio, ante la presencia, en un supuesto dado, de incertidumbre científica. En el caso concreto, la legalidad se excepcionó por un período de 14 días, aunque la incertidumbre científica quedó totalmente en entredicho.

Como en el caso del aceite de orujo, los poderes públicos pueden actuar, si no hallan el correcto término medio, por exceso o por defecto de precaución. Y entonces, el papel de los Tribunales deviene importante aunque no deje de ser limitado y centrado en un riguroso control externo de la legalidad de la decisión adoptada. En contextos complejos como el de la seguridad alimentaria, en los que la protección de la salud es el primer objetivo a conseguir, es habitual que el control de la legalidad de las medidas adoptadas se relaje en cuanto al fondo, manteniéndose o reforzándose en cuanto a la forma¹⁹. La competencia, el seguimiento de un procedimiento administrativo formal, la finalidad de las medidas administrativas y su proporcionalidad, constituyen, como se ve en la Sentencia, el principal núcleo de control de los órganos judiciales.

(18) J. ESTEVE PARDO, "Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, vol. 102, 2003, pág. 52

(19) N. SADELEER, "Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución", *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 25, 2000, págs. 31 y ss.

El control judicial de las medidas administrativas repara en la correcta aplicación de éstas; analizando, asimismo, si la autoridad concreta recabó la suficiente información y basó su decisión en una evaluación del riesgo acorde con el estado de conocimientos existente²⁰. El control de fondo de la decisión pública se limita al error manifiesto de apreciación y a un juicio sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La inicial y reconocida discrecionalidad de que gozan las autoridades administrativas en el ámbito del tratamiento de los riesgos y el nivel de tecnicidad presente limita poderosamente el margen de apreciación de los órganos judiciales²¹. Es por ello que se habla, en general, de cierto déficit de protección jurisdiccional en relación con la acción pública en materia de riesgos. En este sentido, la incerteza científica operará como un concepto jurídico indeterminado, como la circunstancia que debe existir en todo caso. Existirá o no existirá dicha incerteza con independencia de elementos volitivos y, por tanto, su presencia y su inclusión en el supuesto de hecho de la norma gozan de carácter reglado siendo, en consecuencia, susceptible de control. Precisamente una de las principales críticas del Tribunal a la actuación de la Administración es la falta de acreditación de la incertidumbre en la que ésta se amparó.

Por último, la sentencia concluye también otra de las características del actual tratamiento jurídico de los riesgos, y es que las Administraciones y los poderes públicos en general no son los únicos que adoptan mecanismos de control y decisión sobre los riesgos. Hoy, la acción preventiva es, cada vez más, ejercida entre actores públicos y privados. Se establece una especie de sinergia entre el sector público y el privado en orden a una gestión eficiente de los riesgos. Se adopta un enfoque integrador de los sistemas de control públicos y los propios de la industria alimentaria.

Como principales responsables de la seguridad alimentaria, los industriales, intensifican sus autocontroles en procesos y productos. Este hecho facilita notablemente las tareas de control a las que las instancias públicas resultan, asimismo, obligadas. El control público del autocontrol privado constituye, en muchas ocasiones, el objeto de la actividad administrativa en éste y otros sectores²². La mayor implicación del ámbito privado en

(20) Los Tribunales son cautos a la hora de revocar las decisiones administrativas, centrándose en la base legal seguida para su adopción y no tanto en el balance de discrecionalidad realizado, pues éstas implican un nivel de conocimientos técnicos considerable. En general, es la Administración quien tiene la carga de la prueba, quien tiene que demostrar que existen indicios de un riesgo. Los Tribunales entrarán a juzgar la evaluación del riesgo en la que se ha basado la decisión administrativa. Se observará cuál era la base en el momento de adoptar la decisión, si ésta podía o no conducir aceptablemente a la misma y si las medidas adoptadas fueron proporcionadas al potencial riesgo.

(21) Véase al respecto C. CIERCO SEIRA, "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril 2004, págs. 112 y ss. Sobre las principales líneas de actuación del principio de precaución en orden a la salvaguardia de la salud colectiva y el impulso que supone a la actividad de policía o limitación y a la vigilancia sanitaria, véase del mismo autor *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

(22) Es cierto que los particulares son los principales responsables de la seguridad, debiendo articular eficaces sistemas de prevención, control y eliminación de riesgos alimentarios. No obstante, las Administraciones públicas ostentan, como es lógico, facultades de inspección, control, supervisión y sanción, entre otras. La descentralización hacia el sector privado de funciones de gestión de riesgos alimentarios no implica en ningún caso que los poderes públicos no ostenten importantísimas facultades de gestión, pues no sólo deben establecer el nivel de riesgo permitido sino velar, con distintos medios, por la existencia de un adecuado grado de protección.

la elaboración de reglas técnicas (como estándares o códigos de buenas prácticas), y la proliferación de organismos de certificación privados²³, denotan una mayor conciencia de la necesidad de una preparación especializada para afrontar los riesgos actuales. En la actualidad, la efectiva gestión de la seguridad alimentaria requiere de una adecuada combinación entre la intervención administrativa directa basada en las exigencias establecidas por la regulación y la articulación de procedimientos de autorregulación y autocontrol por las empresas del sector²⁴.

Como se cita en la propia sentencia, a pesar de que no existiera normativa que fijara unos niveles máximos, el sector se venía sometiendo ya voluntariamente a las recomendaciones de la Federación Europea de Procesadores de Aceite. Es decir, el sector se venía, de algún modo, autorregulando.

Con todo, vemos que en la actualidad estamos vislumbrando el precio de las decisiones adoptadas —y se combaten los riesgos generados por las actividades avaladas— en etapas anteriores. En la sociedad del riesgo de hoy los poderes públicos, las Administraciones, se ven forzados a decidir sobre el futuro. A decidir no sólo sobre los riesgos o beneficios inmediatos de las actividades sino sobre sus frutos a largo plazo. Realizan apuestas lo menos osadas posibles dentro del nivel de riesgo que están dispuestos a aceptar; intentando mantener la confianza de la sociedad tanto en el sistema como en los actores del mismo que, llevando a cabo las distintas actividades, son fuente de progreso y, a la vez, origen de riesgos.

A pesar de que el cumplimiento de la ley por parte de los operadores sea escrupuloso, tanto si se conoce con certeza como con incerteza la peligrosidad o el riesgo de un alimento, pueden adoptarse una serie de medidas públicas que deberán soportarse por los particulares. Por ello se habla de la palmaria ampliación de las potestades públicas a raíz de la posibilidad de aplicación del principio de precaución; cuestión que, en paralelo, implica y evidencia una tendencia comunitaria y, por ende nacional, de que en casos de riesgo para la salud pública el sector empresarial soporte perjuicios ciertamente intensos. Éstos pueden ser derivados de muy diversas circunstancias, todas ellas fundadas en el principio de precaución, pero materializadas, por ejemplo, a través de los sistemas de alerta o comunicación, como en el caso que nos ocupa.

Al reforzamiento o ampliación de las potestades de policía debe corresponderle un reforzamiento paralelo del control de dicho poder por parte de las instancias jurisdiccionales. Interpretado de manera estricta, el principio de precaución, igual que toda estrategia de reducción de riesgos, puede suponer un freno o un ralentizamiento al desarrollo económico, renunciando a la innovación y sus riesgos en pro de una pretendida seguridad.

(23) Sobre este tema véase D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003, págs 91 y ss.

(24) Véase al respecto J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 30 y ss.; M^a. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 335 y ss., y M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria...*, op. cit.

Todo parece indicar que la industria alimentaria, considerada en general, se halla en cierto modo bajo la sospecha de creación de riesgos. Es la tecnología en manos del sector industrial la que aplicada a los alimentos puede generar un riesgo; pero esa tecnología puede ser, como en el supuesto analizado, legalmente exigida. Que hereden una cuota de responsabilidad antes incluso de que pueda demostrarse cualquier relación causa-efecto entre un alimento, o un proceso productivo, y un daño parece en cualquier caso desproporcionado.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. a) Ámbito de aplicación. b) Contenido jurídico. Igualdad de trato. c) Límites. D) Libre circulación de capitales. a) Ámbito de aplicación de la excepción establecida en el artículo 57 CE.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su “reiterada jurisprudencia” en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período que comprende esta crónica, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales y mercado interior.

Ante el *impasse* que el proceso de ratificación de la Constitución Europea ha sufrido tras la negativa por referéndum de Francia y Países Bajos, hemos decidido omitir las equivalencias que veníamos haciendo en la crónica entre los artículos del TCE y los del texto del Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa. Como es sabido, en los días 21 y 22 de junio de 2007 tuvo lugar en Bruselas un maratónico Consejo Europeo, con objeto de ratificar el nuevo Tratado en todos los Estados miembros antes de las elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2009. Abandonada la idea de una Constitución Europea, el nuevo Tratado tiene que ser sucinto, accesible y legible. Se trata de un Tratado simplificado con las reformas esenciales, un primer protocolo con las modificaciones

institucionales necesarias que deberán ser introducidas en los tratados existentes y un segundo protocolo con las modificaciones para desarrollar las políticas europeas. Los Jefes de Gobierno de los países de la UE acordaron el borrador de un nuevo Tratado europeo, recogiendo en gran parte el contenido de la fallida “Constitución”, entre los que destacamos los siguientes:

- 1) El Presidente del Consejo Europeo será un puesto fijo. Hasta ahora es un cargo rotativo de duración semestral. Actualmente Alemania ostenta la Presidencia, el próximo 1 de julio pasará a Portugal.
- 2) Se refuerza el cargo de “Alto representante para asuntos exteriores”. La “Constitución” recogía el cargo de “Ministro de Exteriores” de la UE. Será además vicepresidente de la EU.
- 3) La UE pasa a tener personalidad jurídica independiente y superior a la de los Estados miembros. Esto es un cambio esencial.
- 4) Se cambia el sistema de votación de unanimidad a mayoría cualificada.

Los cambios más significativos han sido: retraso en la aplicación del nuevo sistema de voto (a petición de Polonia), derogación de la aplicación de la Carta de derechos fundamentales y la cooperación en materia penal (sólo en Reino Unido), eliminación de la mención a los símbolos de la Unión (bandera e himno, a petición de la República Checa). Nada esencial. Los primeros ministros han encargado a una Conferencia Intergubernamental la redacción definitiva del tratado, que sería aprobado en la cumbre de Lisboa a celebrar los días 18 y 19 de octubre de 2007. Después habrán de ratificarla los Estados miembros.

2. PRINCIPIOS GENERALES

El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (véanse, en particular, las Sentencias de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni* y otros, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, *Nacional Farmers' Union* y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60).

En su **STJCE de 24 de mayo de 2007, As. C-45/05**, el Tribunal se pronuncia sobre el control judicial de los requisitos mencionados en materia de política agraria común, ámbito en que el legislador goza de una potestad discrecional que corresponde a las responsabilidades políticas que le atribuyen los artículos 34 a 37 CE. Por consiguiente, sólo el carácter

manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, con relación al objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida (véanse las sentencias, antes citadas, Crispoltoni y otros, apartado 42, así como Nacional Farmers' y otros, apartado 61).

El Tribunal entiende que, cuando el legislador comunitario fija condiciones de admisibilidad para la concesión de una ayuda, la exclusión provocada por la inobservancia de alguna de esas condiciones no constituye una sanción, sino la mera consecuencia de la inobservancia de las referidas condiciones legalmente establecidas (véase, en este sentido, la Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Toeters y Verberk, C-171/03, Rec. p. I-10945, apartado 47).

El artículo 21 del Reglamento núm. 1254/1999 supedita la concesión de la prima por sacrificio al cumplimiento de las normas comunitarias aplicables a la identificación y registro de los bovinos que figuran en las disposiciones del Reglamento núm. 1760/2000. Entre éstas, el artículo 7, apartado 1, segundo guión, exige el cumplimiento de un plazo de notificación a la base de datos informatizada del traslado del bovino desde la explotación y hacia la misma. De ello se desprende que la inobservancia de este plazo lleva consigo la exclusión del beneficio de la prima por sacrificio respecto al bovino de que se trate, exclusión que constituye una mera consecuencia de la inobservancia de alguna de las condiciones de admisibilidad para la concesión de dicha prima.

Pues bien, la obligación de observar el plazo de notificación establecido en el artículo 7, apartado 1, segundo guión, del Reglamento núm. 1760/2000 tiene especial importancia en el marco de las normas comunitarias aplicables a la identificación y registro de bovinos.

En efecto, para el Tribunal dicha obligación, que permite a las autoridades competentes determinar rápidamente la procedencia de un animal en caso de epizootia y adoptar inmediatamente las disposiciones necesarias para evitar cualquier riesgo para la salud pública, se enmarca entre los objetivos del sistema de identificación y registro de bovinos expuestos en los citados apartados y, en particular, el de garantizar una posibilidad de localización eficiente en tiempo real de dichos animales, que resulta esencial por razones de salud pública. De ello se desprende que no puede considerarse que esa obligación constituye una medida manifiestamente inadecuada con respecto a los mencionados objetivos.

Por otra parte, la exclusión del beneficio de la prima por sacrificio en el supuesto de que se rebase el plazo de notificación a la base de datos informatizada afecta únicamente a los bovinos respecto a los cuales se haya incumplido la obligación de registro establecida en el artículo 7, apartado 1, segundo guión, del Reglamento núm. 1760/2000.

De acuerdo con esta argumentación, el Tribunal respondió a la segunda cuestión prejudicial sobre la interpretación de los Reglamentos que establecen la organización común de los mercados en el sector de la carne de vacuno planteada en el marco de un litigio entre la empresa de explotación agrícola especializada en la cría de animales de la especie bovina Maatschap Schonewille-Prins y el Ministro de Agricultura, Naturaleza y Calidad de los Alimentos de Holanda, que su examen no ha revelado la existencia

de ningún elemento que pueda afectar, a la luz del principio de proporcionalidad, a la validez del artículo 21 del Reglamento núm. 1254/1999 en la medida en que hace que un bovino respecto al cual no se haya observado el plazo de notificación establecido en el artículo 7, apartado 1, segundo guión, del Reglamento núm. 1760/2000, no pueda optar a la concesión de la prima por sacrificio y, por tanto, quede excluido de la percepción de esa prima.

Resulta también de interés resaltar las SSTJCE de 18 de julio de 2007, **Hartmann, As. C-212/05** y **Geven, As. C-213/03**, que aplican el principio de igualdad de trato y no discriminación en relación con la falta de reconocimiento por parte del Derecho alemán a determinadas personas de una prestación social con el argumento de que en ambos supuestos los solicitantes no residían en Alemania. Estas sentencias se comentan en el apartado de esta crónica referido a la libre circulación de trabajadores [5.C)].

3. FUENTES

En relación al tema de las fuentes comunitarias, pueden señalarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el período de referencia.

En primer lugar, si bien la STJCE de 7 de junio de 2007, **Carp c. Ecorad, As. C-80/06**, se refiere a la Decisión 1999/93, dicho pronunciamiento viene a destacar que, sin necesidad de hacer un examen previo de la validez de dicha disposición, una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede por tanto ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. Añade, además, que “incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio en el que sólo se enfrentan particulares”.

Por su parte, la STJCE de 14 de junio de 2007, **Armin Häupl c. Lidl Stiftung&Co.KG, As. C-246/05**, señala que la literalidad de una disposición comunitaria que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance, deberá normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad Europea.

Finalmente, las SSTJCE de 5 de julio de 2007, **Comisión c. Dinamarca, As. C-327/05**, y de 18 de julio de 2007, **Comisión c. España, As. C-50/07**, reiteran el momento en el que debe constataarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación del Derecho interno al comunitario: dicha constatación habrá de producirse al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica no se perciben cambios sustanciales en las líneas jurisprudenciales de los tribunales de Justicia y de Primera Instancia. No obstante, podemos recordar algunas de las sentencias recaídas en este período. Entre ellas, la **STPI (Sala Cuarta) de 11 de julio de 2007, Asklepios/Comisión, As. T-167/04**, en cuyo fundamento jurídico cuadragésimo quinto, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en referencia a la legitimación activa en los recursos de anulación y de omisión, que “los artículos 230 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 (Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1970, Chevalley/Comisión, 15/70, Rec. p. 975, apartado 6, y del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2006, Air One/Comisión, T-395/04, Rec. p. II-1343, apartado 25)”. Recordando a su vez, a continuación, en el fundamento jurídico quadragésimo noveno de esta misma sentencia, que “según jurisprudencia reiterada, los interesados en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, son las personas, empresas o asociaciones que puedan verse afectadas en sus intereses por la concesión de una ayuda, es decir, en particular, las empresas competidoras de los beneficiarios de dicha ayuda y las organizaciones profesionales (Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1984, Intermills/Comisión, 323/82, Rec. p. 3809, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2005, Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Rec. p. I-10737, apartado 36; sentencia Air One/Comisión, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 36). La jurisprudencia sentada en la sentencia Intermills/Comisión, antes citada, quedó plasmada en el artículo 1, letra h), del Reglamento núm. 659/1999, que proclama que el concepto de partes interesadas comprende cualquier Estado miembro o cualquier persona, empresa o asociación de empresas cuyos intereses puedan verse afectados por la concesión de una ayuda y, concretamente, el beneficiario de la misma, las empresas competidoras y las asociaciones socioprofesionales”.

Otra sentencia que podemos recordar en referencia al recurso de anulación constituye la **STPI (Sala Segunda) de 22 de mayo de 2007, Membron/Comisión, As. T-216/05**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que en el marco de un recurso de anulación la competencia del juez comunitario se limita al control de la legalidad del acto impugnado y el juez comunitario no puede, en el ejercicio de sus competencias, dictar órdenes conminatorias a las instituciones comunitarias como sería la pretensión de que el Tribunal de Primera Instancia dicte una orden conminatoria obligando a la Comisión a asignar una cuota de importación a una parte demandante.

Entre los recursos interpuestos recientemente en materia de recurso de anulación y omisión cabe recordar el recurso de casación interpuesto el día 18 de mayo de 2007 por el Reino de Bélgica contra el Auto dictado por el Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) el día 15 de marzo de 2007 en el As. T-5/07, Bélgica/Comisión (As. C-242/07), pues el Tribunal de Justicia tendrá que dar respuesta a las alegaciones del recurrente relativas a que no se debe declarar por causa de extemporaneidad la inadmisibilidad de un recurso presentado por fax en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia dentro del plazo para la interposición previsto en el Tratado CE, aun cuando el recurso original firmado hubiera llegado a la Secretaría del Tribunal 10 días más tarde, siempre que éste se presente dentro de los 10 días siguientes al último del plazo autorizado para la presentación del recurso por fax. Respecto la extemporaneidad podemos a su vez recordar las recientes conclusiones del abogado general, Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 21 de junio de 2007 al Asunto C-273/04, República de Polonia contra Consejo de la Unión Europea, en las que frente a las alegaciones del Gobierno de Polonia, relativas a que no pudo consultar en polaco los Diarios Oficiales en el sitio de Internet EurLEX hasta el día 15 de diciembre de 2004, el abogado general recordó que este hecho es irrelevante pues la única forma de publicación auténtica de los textos legislativos es la versión impresa (debemos recordar que se entiende que la publicación se ha realizado cuando el Diario Oficial que reproduce el acto legislativo se encuentra disponible en todas las lenguas oficiales en la Oficina de Publicaciones de la ciudad de Luxemburgo).

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

Resulta curioso comprobar como, en no pocos casos, cantidad y calidad no van unidas. Así y al contrario de lo cabría suponer, en el más breve lapso de tiempo que comprende esta crónica (apenas dos meses) y en el que tan sólo treinta y cinco pronunciamientos han sido objeto de estudio (frente a los más de cien habituales), los argumentos enfrentados por el Tribunal de Justicia no han resultado por ello de menor trascendencia que en ocasiones anteriores. Es más, en muchos supuestos –como a continuación se comprobará–, los matices y puntualizaciones introducidos por la Curia comunitaria a través de los mismos resultan especialmente interesantes; en particular, en lo que atañe al mecanismo prejudicial.

En lo que concierne al procedimiento prejudicial, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en este tiempo han sido numerosos, pudiendo ordenarse en torno a dos categorías principales: a) la de los pronunciamientos que llamaremos “típicos”, en los que se han abordado aspectos ya tradicionales del mecanismo prejudicial, tales como los motivos de inadmisión, la extensión de la competencia del Tribunal o la posibilidad de reapertura de la fase oral del procedimiento, y b) por oposición a los anteriores, la de los pronunciamientos prejudiciales “atípicos”, en los que la Curia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otras temáticas menos habituales, como puedan serlo: el efecto directo horizontal de las decisiones, la cuestión “complementaria” y el alcance o extensión de la interpretación prejudicial.

Comenzando por los pronunciamientos prejudiciales “típicos”, conviene señalar de inicio que, una vez más, los motivos de inadmisión de las cuestiones prejudiciales han constituido el argumento principal en torno al cual han girado buena parte de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia contenidas en esta crónica. Y, por lo general, lo han sido para ser rechazados o desestimados, afirmando de este modo la regla general de la admisibilidad y la pertinencia de las peticiones prejudiciales.

Es el caso de la **STJCE de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis, As. C-6/05**, donde, frente a las alegaciones del Gobierno austríaco en el sentido de que las cuestiones prejudiciales planteadas deben ser inadmitidas por su carácter presuntamente hipotético y por la falta de información necesaria en el escrito de petición prejudicial (apdos. 28 y 29 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia estima pertinente pronunciarse prejudicialmente al no entender fundados los anteriores motivos de inadmisión (apdos. 30 a 35 de la Sentencia), ya que:

1) En primer lugar, y aunque las cuestiones prejudiciales planteadas, ciertamente, pudieran tener un carácter hipotético si nos ceñimos a las singulares disposiciones comunitarias invocadas por el juez nacional en su escrito de remisión, dicho carácter hipotético desaparece si tenemos en cuenta: a) que están en juego principios generales de Derecho comunitario, que también deben ser interpretados (apdos. 31 a 33 de la Sentencia) y b) que, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que no se ha haya referido el juez nacional en su petición para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le haya planteado una cuestión prejudicial (apdo. 34 de la Sentencia).

2) En segundo lugar, y en lo que atañe a la alegación del Gobierno austríaco sobre la insuficiencia de los datos referentes al marco fáctico del litigio principal, debe observarse que la información contenida en la petición de decisión prejudicial se ha visto completada por las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia. Así pues, el Tribunal de Justicia se halla suficientemente informado para responder a las cuestiones planteadas.

En la misma línea que la anterior, esto es, de desestimación de los motivos de inadmisión alegados, cabe citar también la **STJCE de 28 de junio de 2007, Dell’Orto, As. C-467/05**, en la que tanto el Gobierno del Reino Unido como el Gobierno de Irlanda, en el seno de un procedimiento prejudicial italiano, sostienen que la cuestión prejudicial planteada

resulta inadmisibile, por tener su origen en una duda acerca de la interpretación de una Decisión marco adoptada al amparo del Título VI del TUE y, por tanto, que sobrepasa el ámbito de aplicación del artículo 234 del TCE (apdos. 31 y 32 de la Sentencia).

Por el contrario, el Tribunal de Justicia rechaza este motivo de inadmisión, al recordar que (apdo. 34 de la sentencia), con arreglo al artículo 46 del TUE, letra b), las disposiciones de los Tratados CE y CEEA relativas a la competencia del Tribunal de Justicia y al ejercicio de dicha competencia (entre las que figura el artículo 234 del TCE):

“(…) son aplicables a las del título VI del Tratado UE, en las condiciones establecidas en el artículo 35 UE. En contra de lo que sostiene el Gobierno del Reino Unido, de ello se deduce que el régimen previsto en el artículo 234 CE se aplica a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 35 UE, sin perjuicio de las condiciones establecidas en dicha disposición (…).”

De este modo y puesto que está acreditado que la República Italiana manifestó (mediante una declaración con efectos a partir del 1 de mayo de 1999) su aceptación de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos mencionados en el artículo 35 UE, según las modalidades previstas en el apartado 3 letra b), de dicho artículo, la cuestión prejudicial debe ser admitida.

Al igual que en los pronunciamientos precedentes, en la **STJCE de 5 de julio de 2007, Ntationik y Pikoulas, As. C- 430/05**, la Corte comunitaria, una vez examinados los motivos de inadmisión invocados por una de las partes (el Gobierno italiano), desestima dichos motivos y afirma la pertinencia, y la necesidad, de un pronunciamiento prejudicial.

En este caso, es el Gobierno italiano el que considera que la cuestión prejudicial es hipotética (apdo. 37 de la Sentencia), con base en el hecho de que no ha quedado suficientemente demostrado en el procedimiento principal, ni en el escrito de petición prejudicial, si las normas controvertidas son exclusivamente nacionales o, por el contrario, tienen un origen comunitario.

A la inversa, el Tribunal de Justicia entiende que, en el caso de autos, no se aprecia ningún elemento que permita concluir que no existe disposición comunitaria controvertida merecedora de interpretación. Antes al contrario, queda fuera de toda discusión que, según se extrae del escrito de remisión, existe una norma europea (en concreto, la Directiva 2001/34/CE, de 28 de mayo) cuya interpretación resulta imprescindible para resolver el litigio principal (apdos. 39 a 42). Por consiguiente y en buena lógica, debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno italiano.

Además de estos pronunciamientos prejudiciales, en los que se aborda el tópico de los motivos de inadmisión desde la perspectiva de la desestimación, existen otros fallos que, por las razones que más adelante se expondrán, poseen una significación especial y que, en consecuencia, merecen un comentario aparte.

I. Derecho Comunitario

Así ocurre con la **STJCE de 5 de julio de 2007, Fendt Italiana, As. C-181/06**, ya que el Tribunal de Justicia, al contrario de lo que ocurriera con anterioridad y sin que ninguna de las partes lo hubiera invocado, aprecia la existencia de uno de los motivos “clásicos” de inadmisión de los pronunciamientos prejudiciales, como es la falta de precisión del contexto fáctico y normativo en la resolución de remisión prejudicial.

Arguye la Corte comunitaria (apdo. 33 de la Sentencia) que, según jurisprudencia reiterada, las resoluciones de remisión deben indicar las razones precisas que han conducido al juez remitente a interrogarse sobre la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Así también, el Tribunal de Justicia ha declarado también que es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio.

Pues bien, es preciso declarar que la resolución de remisión no se ajusta a tales requisitos (apdos. 34 y 35 de la Sentencia), ya que, en este caso, no es posible delimitar el problema concreto de interpretación que podría plantearse en relación con el artículo 82 del TCE. La exigencia de precisión en cuanto al contexto fáctico y normativo es aplicable, en particular, en el ámbito de la competencia, que se caracteriza por situaciones de hecho y de Derecho complejas.

En consecuencia (apdo. 36 de la Sentencia), se debe declarar aquí la inadmisibilidad de la cuestión planteada al Tribunal de Justicia.

Mención aparte merece, también, la **STJCE de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros, As. Ac. C-222/05, C-223/05, C-244/05 y C-225/05**. La razón de la especial notoriedad de esta sentencia estriba en el motivo de inadmisión esgrimido aquí y que no es, en modo alguno, habitual: la posible falsedad de los hechos contenidos en la petición de remisión prejudicial formulada por el juez nacional.

En efecto, no recordamos ningún asunto sometido al examen del Tribunal de Justicia en el que la Curia comunitaria se haya visto obligada a pronunciarse sobre este particular, esto es, acerca de si el carácter controvertido de los sucesos relatados por el juez nacional en su resolución de remisión prejudicial puede determinar, o no, la inadmisión de la misma por la Corte comunitaria.

La Sentencia Van de Weerd y otros, que ahora nos ocupa, resuelve este interrogante. Y lo hace, en el sentido de rechazar la tesis anterior. Es decir, no reconociendo como motivo de inadmisión prejudicial la eventual inexactitud de los hechos referidos en la resolución de remisión del juez nacional, pues, a juicio del Tribunal de Justicia (apdos. 23 a 25 de la Sentencia):

“No puede desvirtuarse esta presunción de pertinencia (de la cuestión prejudicial planteada) por la mera circunstancia de que una de las partes del litigio principal niegue algunos hechos, cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia y de los cuales depende la definición del objeto de dicho litigio (...).

En el presente asunto, el Sr. van der Weerd y otros afirman que el órgano jurisdiccional nacional consideró erróneamente que los motivos basados en la infracción de las disposiciones aplicables de la Directiva 85/511 no habían sido invocados ante ella. Pues bien, ello constituye un hecho cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, no puede acogerse la alegación del Sr. van der Weerd y otros.”

En otros términos, el Tribunal de Justicia concluye que el mecanismo prejudicial constituye un instrumento de cooperación judicial en cuya virtud al juez comunitario le corresponde decidir sobre la validez e interpretación de las normas comunitarias en un proceso incidental, pero nunca sobre la validez e interpretación del Derecho nacional y, menos aún, de los aspectos controvertidos del proceso principal. Por consiguiente, resulta imposible apreciar como motivo de inadmisión prejudicial la posible falsedad de los hechos contenidos en el escrito de remisión elaborado por el juez nacional, pues se trata éste de un extremo que compete resolver, precisamente, a dicho juez nacional.

Poniendo punto final a esta primera categoría de pronunciamientos prejudiciales “típicos”, y aparte de los fallos en los que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar su reiterada jurisprudencia en cuanto a los motivos de inadmisión, encontramos otras sentencias prejudiciales que han abordado argumentos igualmente clásicos, pero distintos al anterior, a saber: 1) el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia y 2) las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento.

En el primer subgrupo, se inscriben la STJCE de 14 de junio de 2007, Häulp, As. C-246/05 y la STJCE de 14 de junio de 2007, Telefónica O2 Czech Republic, As. C-64/06. Mientras que, en el segundo, se incardinan la STJCE de 28 de junio de 2007, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, As. C-466/03 y de nuevo la STJCE de 14 de junio de 2007, Telefónica O2 Czech Republic, As. C-64/06.

En la primera de ellas (As. C-246/05), en efecto, el Tribunal de Justicia examina su propia competencia. Competencia que dependerá, en última instancia, de si el órgano de remisión (en este caso, el Oberster Patent-und Markensenat) posee o no carácter jurisdiccional.

A este respecto conviene recordar (apdos. 15 y 16 de la Sentencia), de un lado, que el concepto de órgano jurisdiccional a los solos efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial es un concepto comunitario y, de otro lado, que tal carácter jurisdiccional sólo es predicable si concurren los siguientes requisitos:

“(…) origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (...).

I. Derecho Comunitario

Pues bien, a la luz de los datos obrantes en poder del Tribunal (apdos. 18 y 20 de la sentencia), no cabe dudar del carácter jurisdiccional del órgano de remisión (el Oberster Patent- und Markensenat).

En consecuencia (apdo. 21 de la sentencia), debe afirmarse la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales que ante él se han planteado.

En la segunda de las sentencias prejudiciales antes citadas (As. C-64/06), la duda acerca del alcance o no de la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de la cuestión prejudicial planteada nace de una alegación que, a buen seguro, va a suscitarse con frecuencia en años venideros, pues guarda relación directa con la última gran aplicación de la Unión Europea (2004). Más concretamente, con el hecho de si cabe plantear una cuestión prejudicial en relación con un litigio principal fundamentado en una decisión nacional anterior a la adhesión de un Estado miembro.

Así y en el caso que aquí nos ocupa, el Gobierno Checo (apdo. 17 de la Sentencia) sostiene, en términos absolutos, que el Tribunal de Justicia no puede ser competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con un litigio principal que tienen su origen en la toma de una decisión anterior a la fecha de adhesión de la República Checa a la Unión.

Frente a esta negación absoluta, el Tribunal de Justicia opina que debe llevarse a cabo un examen pormenorizado, caso por caso, para así determinar si, en efecto y *ratione temporis*, la Corte comunitaria carece de competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Con base en lo anterior, el Tribunal de Justicia explora los plazos y los tiempos en los que se ha adoptado la decisión impugnada y en los que ha transcurrido el litigio principal (apdos. 19 y 20), llegando a la siguiente conclusión (apdos. 21 a 24 de la Sentencia):

“Sin que sea preciso examinar las consecuencias de la anulación de una resolución en Derecho checo, es preciso señalar, por una parte, que la decisión impugnada en el litigio principal es posterior al ingreso de la República Checa en la Unión, que regula una situación con vistas al futuro y no al pasado y, por otro lado, que el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la legislación comunitaria aplicable al litigio principal.

Puesto que las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia se pronuncia sin tener que examinar, en principio, las circunstancias en que los órganos jurisdiccionales nacionales se vieron inducidos a plantearle las cuestiones y se proponen aplicar la disposición comunitaria cuya interpretación han solicitado (...).

Sólo sería de otro modo en los supuestos en que o bien la disposición de Derecho comunitario cuya interpretación se solicita al Tribunal de Justicia no es aplicable a los hechos del litigio principal, por ser éstos anteriores a la adhesión de un nuevo Estado miembro a la Unión (...), o bien fuera manifiesto que dicha disposición no puede ser aplicable (...).

Ahora bien, no ocurre así en el caso de autos. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las Directivas anteriormente mencionadas y procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.”

La tercera de las sentencias antes apuntada (As. C-466/03), por su parte, pertenece ya al segundo grupo de pronunciamientos a los que en precedencia hacemos alusión, esto es, aquellos en los que el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentar el también tópico argumento de la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento.

En relación a esta temática y como suele ser costumbre, la Corte comunitaria nos recuerda (apdo. 29 de la Sentencia) que:

“(…) el Tribunal de Justicia puede ordenar la reapertura de la fase oral de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de parte, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (…).”

Sin embargo y como también es habitual, el Tribunal de Justicia termina rechazando la petición de reapertura de la fase oral planteada, utilizando para ello la consabida argumentación-fórmula de que (apdo. 30 de la Sentencia):

“(…) en los presentes asuntos (la Curia comunitaria) dispone de toda la información necesaria para contestar a las cuestiones planteadas. Por consiguiente, procede desestimar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento”.

De igual forma acontece, en la cuarta de las sentencias antes citada (As. C-64/06), donde el Tribunal de Justicia desestima una petición de reapertura de la fase oral del procedimiento en términos casi idénticos a la anterior (apdo. 15 de la Sentencia), afirmando que:

“El Tribunal de Justicia considera que la cuestión del efecto directo de las disposiciones de que se trata en el litigio principal se suscitó en el contexto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que dispone de todos los elementos que necesita para poder responderla.”

Hasta aquí los pronunciamientos prejudiciales “típicos”. Sin embargo, existe una segunda categoría de fallos prejudiciales, y que aquí hemos denominado “atípicos”, que merecen igual o mayor atención que los anteriores, pues, a su través, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declararse acerca de temáticas poco o nada usuales.

Inaugura esta categoría de pronunciamientos prejudiciales “atípicos”, la **STJCE de 7 de junio de 2007, Carp, As. C-80/06**. Y ello por una razón fundamental: la enorme trascendencia de la cuestión de fondo que en ella se trata y que no es otra que el eventual efecto directo “horizontal” de las decisiones comunitarias necesitadas de transposición.

I. Derecho Comunitario

A este respecto y sin entrar en pormenores, conviene recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cabe admitir limitadamente (si concurren claridad, precisión e incondicionalidad) el efecto directo “vertical” (entre un particular y la Administración) de las directivas comunitarias. Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo en relación con el efecto directo “horizontal” (de un particular frente a otro particular) de aquéllas. Es más, en estos casos, el Tribunal de Justicia ha rechazado expresa y sistemáticamente el posible efecto directo de las directivas, incluso allí donde pudieran concurrir claridad, precisión e incondicionalidad.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa (As. C-80/06), al Tribunal de Justicia le toca decidir, no ya acerca de si una directiva posee o no efecto directo “horizontal”, sino si dicho efecto (horizontal) puede reconocerse a una decisión comunitaria; en concreto, a la Decisión 1999/93/CE, de 25 de enero.

La Corte comunitaria resuelve la cuestión argumentando por analogía (apdos. 20 a 22 de la Sentencia), afirmando en síntesis que, al igual que a las directivas se les niega un eventual efecto directo cuando sólo se invocan entre particulares, tampoco a las decisiones se les puede reconocer un eventual efecto directo “horizontal”. En apoyo de esta conclusión, el Tribunal de Justicia explica que (apdos. 21 a 23 de la Sentencia):

“La Decisión 1999/93 se basa en el artículo 13, apartado 4, de la Directiva 89/106 y está dirigida a los Estados miembros. Constituye un acto de alcance general que precisa los tipos de procedimientos de certificación de conformidad aplicables a las puertas, ventanas, postigos, persianas, cancelas y sus herrajes, respectivamente, y confiere al CEN/Cenelec el mandato de especificar el contenido de los mismos en las correspondientes normas armonizadas, cuya transposición podrán efectuar posteriormente los organismos de normalización de cada Estado miembro. Con arreglo al artículo 249 CE, la Decisión 1999/93 sólo es obligatoria, pues, para los Estados miembros, únicos destinatarios de la misma según su artículo 4. Dadas estas circunstancias, las consideraciones en que se basa la jurisprudencia sobre las directivas recordada en el apartado anterior son aplicables, *mutatis mutandis*, en lo que respecta a la posibilidad de invocar dicha Decisión contra un particular.

Procede responder por tanto a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente que un particular no puede invocar en un litigio sobre responsabilidad contractual contra otro particular la infracción por parte de este último de las disposiciones de los artículos 2 y 3 y de los anexos II y III de la Decisión 1999/93.

Habida cuenta de la respuesta anterior, no es preciso responder a la primera cuestión prejudicial ni a la tercera.”

Siempre dentro de la serie de pronunciamientos prejudiciales “atípicos”, debemos citar la **STJCE de 28 de junio de 2007, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, As. C-466/03**, en este caso, por el hecho de plantearse ante el Tribunal de Justicia, no una petición prejudicial al uso, sino una “cuestión prejudicial complementaria”.

No son frecuentes, en efecto, este tipo de cuestiones prejudiciales complementarias. De hecho, nada se establece a este respecto en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, no resulta extraño que, dada la especial naturaleza cooperativa de este instrumento prejudicial y aquella suerte de principio de flexibilidad formal que lo preside, la Corte comunitaria admita la formulación de este tipo de cuestiones complementarias, siempre en casos muy excepcionales, como lo es el que ahora nos ocupa.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el asunto prejudicial controvertido atraviesa por una serie de vicisitudes nada habituales. Así, (apdo. 24 de la Sentencia), el juez nacional alemán (el *Landgericht Baden-Baden*) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial “principal” que, inicialmente (apdo. 25 de la Sentencia), aquél decidió resolver mediante auto (con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104, apartado 3, de su Reglamento de Procedimiento). Sin embargo y a raíz de las objeciones planteadas por el *Land Baden-Württemberg*, en las que alegó que determinados aspectos de la respuesta a la cuestión prejudicial no podían deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia reconsideró su postura y decidió resolver sobre la petición de decisión prejudicial mediante sentencia. Además, a lo anterior se añade que, por Ley alemana de 28 de julio de 2005, se introducen una serie de cambios normativos que pudieran afectar substancialmente al litigio principal, mientras el procedimiento prejudicial se encuentra aún tramitándose en sede comunitaria.

Este sumatorio de hechos inusuales, hacen que el *Landgericht Baden-Baden* remita al Tribunal de Justicia una cuestión complementaria y que éste, una vez tenidos en cuenta los datos anteriores, admita dicha “cuestión prejudicial complementaria”, aunque pueda ofrecer no pocas dificultades de encaje procesal (por ejemplo, la eventual necesidad de reapertura de la fase oral y de prueba del procedimiento prejudicial).

Así pues, en virtud de este pronunciamiento prejudicial (As. C-466/03), cabe deducir que la Corte comunitaria admite la formulación de cuestiones prejudiciales complementarias, si bien su admisión parece quedar condicionada a la presencia de ciertos requisitos (variaciones en las decisiones del propio Tribunal, modificaciones legislativas extemporáneas, etc.), cuya significación deberá evaluarse caso por caso.

Pone punto y final a esta categoría de prejudiciales “atípicos”, la **STJCE de 24 de mayo de 2007, Maatschap Schonewille Price, As. C-45/05**. Un fallo prejudicial donde el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de subrayar un aspecto de este mecanismo que, por sabido, en muchos casos es desatendido. Se trata del alcance y contenido de la interpretación prejudicial de una disposición de Derecho comunitario, y que, como bien nos recuerda la Corte comunitaria a través de esta sentencia, en dicha interpretación

“(…) procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte (...)”

E) Medidas cautelares

En lo que incumbe a las medidas cautelares, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia es digno de mención, pues en ninguno de ellos se ha abordado la temática cautelar durante el lapso de tiempo que incluye esta crónica.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 15 de julio de 2007), se han dictado dos sentencias y un auto sobre esta materia¹. En primer lugar la **STJCE (Gran Sala) de 5 de junio de 2007, “Rosengren y otros”, As. C-170/04**, surgida de una cuestión prejudicial, en la cual se analiza la normativa sueca sobre bebidas alcohólicas. Los actores encargaron cajas de botellas de vino elaborado en España desde su domicilio en Suecia, por correspondencia y sin intermediario. Dichas cajas fueron introducidas en Suecia sin haber sido declaradas en aduana; por ello fueron decomisadas por haber sido importadas ilícitamente, con arreglo a la Ley sueca sobre bebidas alcohólicas. Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo sueco; éste estimó que su decisión dependía de la compatibilidad de la normativa sueca con el Tratado. La normativa controvertida es la Ley sueca sobre bebidas alcohólicas, que estableció un monopolio de carácter comercial al que se ha conferido un derecho de exclusividad para la venta al por menor de bebidas alcohólicas en Suecia.

El TJCE examina las normas relativas a la existencia y al funcionamiento de dicho monopolio a la luz de las disposiciones del artículo 31 TCE aplicables al ejercicio, por parte de un monopolio nacional de carácter comercial, de sus derechos de exclusividad (SSTCE, ya clásicas, de 17 de febrero de 1976, *Miritz*, 91/75; de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral, “Cassis de Dijon”*, 120/78, y de 13 de marzo de 1979, *Hansen*, 91/78; y de 14 de diciembre de 1995, *Banchero*, C-387/93). La función específica encomendada al monopolio por la Ley sueca consistía en la venta en exclusiva al por menor de bebidas alcohólicas a los consumidores; dicha exclusividad no se extiende a las importaciones de bebidas. El TJCE ya declaró que las normas de este capítulo, que reservan la importación de bebidas alcohólicas a los titulares de licencias de comercio al por mayor, no forman parte de las medidas que regulan el funcionamiento del monopolio (Sentencia de 23 de octubre de 1997, *Franzén*, C-189/95). Por lo tanto, el artículo 31 TCE no es pertinente para verificar la compatibilidad de dicha medida con el Derecho comunitario, en particular con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías. Una norma como la Ley sueca por la que se prohíbe a los particulares la importación de bebidas alcohólicas debe apreciarse a la luz del artículo 28 TCE y no del artículo 31 TCE.

La libre circulación de mercancías es un principio fundamental del Tratado que se plasma en la prohibición (artículo 28 TCE) de las restricciones cuantitativas a la importación entre

(1) Nos centraremos únicamente en las dos sentencias, pues el Auto de 13 de junio de 2007 tan sólo constata el archivo del Asunto 172/06 (Comisión/España) solicitado a instancia de parte.

los Estados miembros, así como de todas las medidas de efecto equivalente (Sentencia de 10 de enero de 2006, *De Groot en Slot Allium y Bejo Zaden*, C-147/04). La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas se dirige a cualquier normativa de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (Sentencias de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74; de 23 de septiembre de 2003, *Comisión/Dinamarca*, C-192/01², y de 2 de diciembre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-41/02³).

Las disposiciones de la Ley sueca sobre bebidas alcohólicas otorgaban la facultad de oponerse a la solicitud de un consumidor que tuviera por objeto que le proporcionasen, y en su caso que se importasen, bebidas no ofrecidas por el monopolio. La prohibición impuesta a los particulares de importar directamente dichas bebidas en Suecia si no se encargan personalmente de su transporte, que no está compensada por la imposición al monopolio de la obligación de importarlas en todos los casos en los que los interesados lo soliciten, constituye una restricción cuantitativa a las importaciones. Por ello, el TJCE responde a la cuestión que una medida que prohíbe a los particulares la importación de bebidas alcohólicas constituye una restricción cuantitativa a la importación a efectos del artículo 28 TCE. Según reiterada jurisprudencia, entre los bienes o intereses protegidos por el artículo 30 TCE, la salud y la vida de las personas ocupan el primer rango y corresponde a los Estados miembros, dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir en qué medida desean asegurar su protección (STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01⁴).

El Tribunal ya declaró que una normativa cuya finalidad es orientar el consumo de alcohol de forma que se prevengan los efectos perjudiciales irrogados a la salud de las personas y a la sociedad por las sustancias alcohólicas y que pretende luchar contra el abuso del alcohol, responde a los intereses de salud y de orden público reconocidos por el artículo 30 TCE (STJCE de 28 de septiembre de 2006, *Ahokainen y Leppik*, C-434/04⁵). No obstante, es necesario, ex artículo 30 TCE, que la medida no constituya una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Ningún dato a disposición del Tribunal permite pensar que los motivos de salud pública invocados por las autoridades suecas hayan sido desviados de su fin y utilizados para establecer discriminaciones frente a las mercancías originarias de otros Estados miembros o para proteger indirectamente determinadas producciones nacionales (STJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98).

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

(3) Comentada en el número 27 de esta Revista (abril de 2005), págs. 89-90.

(4) Comentada en el número 22 (enero de 2004), pág. 71, 25 (octubre de 2004), pág. 85 y 27 (abril de 2005), pág. 90, de esta Revista.

(5) Comentada en el número 34 de esta Revista (enero de 2007), págs. 64 a 66.

Una normativa nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones sólo es compatible con el Tratado en la medida en que sea necesaria para proteger eficazmente la salud y la vida de las personas, sin que pueda acogerse a la excepción del artículo 30 TCE cuando la salud y la vida de las personas puedan ser protegidas de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios (STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01⁶). La prohibición de importación controvertida en el litigio principal se aplica a todas las personas, con independencia de su edad. Por lo tanto, va manifiestamente más allá de lo necesario habida cuenta del objetivo perseguido que consiste en proteger a los más jóvenes frente a los perjuicios del consumo de alcohol. Respecto de la necesidad de control de la edad, la normativa nacional pretende someter la distribución de dichas bebidas a un régimen centralizado y coherente que permita a los agentes del monopolio garantizar que los productos sólo se vendan a mayores de 20 años. En este contexto, no resulta plenamente garantizada una efectividad del control de la edad de las personas a quienes se envían dichas bebidas. Por tanto, no se ha acreditado que la prohibición del litigio principal sea proporcionada para lograr el objetivo de proteger a los más jóvenes frente a los perjuicios del alcohol. En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión: una medida que prohíbe a los particulares la importación de bebidas alcohólicas, como la Ley sueca sobre bebidas alcohólicas, al no ser adecuada para lograr el objetivo de limitar de manera general el consumo de alcohol, y al no ser proporcionada para lograr el objetivo de proteger a los más jóvenes frente a los perjuicios de dicho consumo, no puede considerarse justificada, con arreglo al artículo 30 TCE, por razones de protección de la salud y la vida de las personas.

En segundo lugar, la STJCE (Sala 4ª) de 7 de junio de 2007, “Comisión/Bélgica”, As. C-254/05, resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, informada por un operador británico. El supuesto de hecho es la exigencia por parte de la comunidad francesa de Bélgica de exigir que los sistemas de detección automática de incendios mediante detector puntual legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro y que no lleven el marcado CE cumplieran los siguientes tres requisitos:

- adecuación a la norma belga NBN S 21-100 de septiembre de 1986, relativa al diseño de sistemas de detección automática de incendios mediante detector puntual;
- obtención de una aprobación expedida por el Organismo belga de Seguridad y Certificación, obstáculo que resulta agravado por los gastos desproporcionados que genera dicha aprobación, y
- sometimiento a pruebas y controles en el marco de dicha aprobación, que duplican los controles ya efectuados en otros procedimientos en otro Estado miembro.

Según jurisprudencia reiterada, cualquier normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe ser considerada una medida de efecto equivalente a restricciones

(6) Comentada en el número 22 (enero de 2004), pág. 71, 25 (octubre de 2004), pág. 85 y 27 (abril de 2005), pág. 90, de esta Revista.

cuantitativas, prohibida por el artículo 28 TCE (SS de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, y de 5 de febrero de 2004, Comisión/Italia, C-270/02⁷). Constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 TCE, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías, aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos (SS de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, C-267/91 y C-268/91, y de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-217/99⁸).

Pues bien, en el presente asunto, del propio tenor de la norma NBN S 21-100 se desprende que ésta no sólo contiene reglas de control relativas al funcionamiento del conjunto de las instalaciones de sistemas de detección automática de incendios, sino también prescripciones técnicas a las que deben atenerse determinados componentes de estos sistemas. En el caso de comercialización en un Estado miembro de productos o piezas legalmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro, el requisito de conformidad con la norma impuesto por la normativa belga puede producir el efecto de obligar a los operadores económicos de los demás Estados miembros a adaptar sus aparatos y equipos a las exigencias de las normas o reglamentaciones técnicas del Estado miembro de importación y a soportar los gastos suplementarios generados por esta adaptación (SS de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-217/99⁹, y de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02¹⁰), o incluso de disuadirles de comercializar dichos productos en Bélgica (Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda, 45/87). Por consiguiente, el requisito de conformidad con una norma nacional como la norma NBN S 21-100 obstaculiza el comercio intracomunitario y constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, prohibida por el artículo 28 TCE.

Una medida de este tipo sólo se justifica por alguna de las razones de interés general enumeradas en el artículo 30 TCE o por alguna de las exigencias imperativas reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal, con la condición de que dicha medida sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo (Sentencia de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02¹¹, y de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Portugal, C-432/03¹²). Aunque estas razones figuran entre las que pueden ser invocadas por un Estado para justificar dicha obligación y que los Estados miembros tienen la facultad de decidir el nivel de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar (SS de 27 de junio de 1996, Brandsma, C-293/94, y de 10 de noviembre de 2005, Comisión/

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

(8) Comentada en los números 11 (abril de 2001), págs. 61, 63 y 64 y 24 (julio de 2004), pág. 64, de esta Revista.

(9) Comentada en los números 11 (abril de 2001), págs. 61, 63 y 64 y 24 (julio de 2004), pág. 64, de esta Revista.

(10) Comentada en los números 21 (octubre de 2003), págs. 65-66 y 24 (julio de 2004), pág. 64, de esta Revista.

(11) Comentada en los números 21 (octubre de 2003), págs. 65-66 y 24 (julio de 2004), pág. 64, de esta Revista.

(12) Comentada en el número 31 de esta Revista (abril de 2006), págs. 46-47.

Portugal, C-432/03¹³), no es menos cierto que una excepción al principio de la libre circulación de mercancías puede estar justificada en virtud de dicho artículo sólo en el caso de que las autoridades nacionales demuestren que esa excepción es necesaria para conseguir uno o varios objetivos mencionados en dicha disposición, y que es conforme al principio de proporcionalidad (SS de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom, 227/82; de 13 de marzo de 1997, Morellato, C-358/95, y de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02¹⁴). Las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de pruebas adecuadas o de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación (SS de 13 de noviembre de 2003, Lindman, C-42/02¹⁵; de 18 de marzo de 2004, Leichtle, C-8/02¹⁶; de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria, C-147/03¹⁷, y de 16 de febrero de 2006, Rockler, C-137/04, y Öberg, C-185/04).

La existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por este Tribunal de Justicia (SS de 17 de enero de 2002, Comisión/Bélgica, C-423/00¹⁸, y de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03). En el presente asunto consta que, cuando expiró el plazo señalado, Bélgica no había adoptado la propuesta de modificación de la norma NBN S 21-100. Además, el Tribunal ya declaró que exigir la homologación previa de un producto para certificar su adecuación a un determinado uso limita el acceso al mercado del Estado miembro de importación y debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 28 CE (Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Portugal, C-432/03¹⁹). Por todo ello, el TJCE confirmó la incompatibilidad de la normativa belga con las disposiciones del TCE.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 15 de mayo al 15 de julio de 2007), se han publicado dos fallos del TJCE en esta materia. Se trata en primer lugar de la **STJCE (Sala Sexta) de 19 de abril de 2007, “Comisión/España”, As. C-141/06**, en la cual la Comisión solicita al

(13) Comentada en el número 31 de esta Revista (abril de 2006), págs. 46-47.

(14) Comentada en los números 21 (octubre de 2003), págs. 65-66 y 24 (julio de 2004), pág. 64, de esta Revista.

(15) Comentada en el número 22 de esta Revista (enero de 2004), págs. 74-75 y 278-279.

(16) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 70-71.

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

(18) Comentada en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), pág. 74.

(19) Comentada en el número 31 de esta Revista (abril de 2006), págs. 46-47.

Tribunal que declare que España ha incumplido las obligaciones de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, al no haber adoptado, por lo que se refiere a los servicios financieros distintos de los seguros privados, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva, y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión.

En su contestación, el Gobierno español alega que el procedimiento legislativo para completar la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2002/65 se encontraba en fase avanzada. Sin embargo, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado (Sentencia de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03). Por lo tanto, se declara simple y llanamente el incumplimiento por parte de España por la no transposición a tiempo de la Directiva señalada.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 5 de julio de 2007, “Nttonik y Pikoulas”, As. C-430/05**. Se trata de una decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores. Esta petición se presentó en el marco de los recursos interpuestos ante el Consejo de Estado griego por una empresa griega y por el Sr. Pikoulas, miembro del consejo de administración de esta sociedad, contra el Comité de regulación bancaria y financiera, relativos a las multas que este último les había impuesto debido a las inexactitudes de que adolecían ciertas informaciones contenidas en un folleto publicado con ocasión de un aumento del capital de dicha sociedad.

Para el Tribunal, la Directiva 2001/34 no tiene como objetivo establecer un nivel elevado de armonización de las normativas nacionales. Los Estados miembros tienen libertad para establecer requisitos adicionales o más estrictos para la admisión de valores negociables a cotización, siempre y cuando un régimen de esas características sea conforme con los objetivos de la Directiva. Por tanto, el legislador nacional puede establecer un régimen de responsabilidad aplicable tanto a las personas que aparecen citadas en el folleto publicado con objeto de la admisión a cotización, como a otras categorías de personas, incluso en el caso de que estas últimas no aparezcan expresamente citadas en dicho folleto. La Directiva 2001/34 dispone que el folleto debe contener las informaciones que sean necesarias para que los inversores puedan emitir un juicio fundado sobre el patrimonio, la situación financiera, los resultados y las perspectivas del emisor, así como sobre los derechos inherentes a los valores negociables cuya admisión a cotización se solicita. Los Estados miembros deben garantizar que esta obligación incumba a las personas mencionadas en el anexo I de la antedicha Directiva (personas físicas o jurídicas que asumen la responsabilidad del folleto o de una parte de éste).

El objetivo de la Directiva 2001/34 consiste en garantizar que los inversores dispongan de una información adecuada. La identificación de personas responsables de las informaciones del folleto no debe considerarse exhaustiva, en el sentido de que la responsabilidad en lo que concierne a la exactitud de las informaciones contenidas en el folleto sólo pueda incumbir a las personas físicas y jurídicas mencionadas en éste.

La Directiva 2001/34 no contempla un sistema de sanciones aplicables a las personas a las que incumbe la responsabilidad del folleto. La obligación de los Estados miembros de establecer sanciones administrativas contra los emisores y otras personas responsables del folleto sólo está prevista en la Directiva 2003/71, la cual es posterior a los hechos controvertidos en el asunto principal y, por tanto, no aplicable. En tales circunstancias, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. No obstante, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y también el principio de proporcionalidad (SS de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia, 68/88, y de 26 de octubre de 1995, Siesse, C-36/94). En particular, las medidas sancionadoras no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y la sanción no debe ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción que constituya un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado (Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia C-210/91). Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si las sanciones previstas por la legislación nacional aplicable son proporcionadas.

En cuanto a la obligación de facilitar informaciones adecuadas y reales a los inversores, enunciada por la Directiva 2001/34, es preciso declarar que un sistema de sanciones civiles, penales o administrativas establecido a nivel nacional para las personas que aparecen expresamente citadas en el folleto, el emisor y los miembros de su consejo de administración, con independencia de que estos últimos hayan sido o no designados como responsables en el folleto, es compatible con el objetivo de dicha Directiva siempre que sea proporcionado con relación a la gravedad de la infracción consistente en haber facilitado informaciones inexactas o engañosas a través del folleto.

Procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 2001/34 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el legislador nacional establezca –para el caso en que los datos contenidos en el folleto publicado con objeto de la admisión de valores negociables a cotización oficial en una Bolsa de valores sean inexactos o engañosos– sanciones administrativas no sólo contra las personas que aparecen expresamente citadas en este folleto como responsables de su contenido, sino también contra el emisor de dichos valores e, indistintamente, contra los miembros del consejo de administración del emisor, independientemente de si éstos figuran o no como responsables en dicho folleto.

b) Libertad de establecimiento

En el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 15 de julio de 2007), se han dictado un total de cuatro pronunciamientos sobre esta materia: dos autos y dos sentencias²⁰. La

(20) Nos centramos únicamente en las Sentencias pues los Autos sólo recogen archivos de los asuntos.

primera de las sentencias, de la que no existía versión en español disponible²¹, es la **STJCE (Sala Sexta) de 24 de mayo de 2007, Comisión/República Portuguesa, As. 43/06**, en la cual la Comisión demanda a Portugal por exigir a los profesionales en el ámbito de la arquitectura cualificaciones profesionales cuando provienen de otros Estados miembros consistentes en una prueba de admisión llevada a cabo por el Colegio de arquitectos portugueses si no han estado inscritos como arquitectos en el Colegio de otro Estado miembro. La Comisión estima que Portugal incumple con ello las obligaciones impuestas por la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el ámbito de la arquitectura y que implican medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001.

La Directiva 85/384 prevé un reconocimiento mutuo automático de los diplomas, certificados y otros títulos en el ámbito de la arquitectura que cumplan las condiciones de formación en ella fijadas. El objeto de este reconocimiento mutuo es expreso en la directiva, que prevé que cada Estado reconozca los diplomas, certificados y otros títulos obtenidos mediante una formación que satisfaga los requisitos de la directiva, emitidos a los nacionales de Estados miembros por otros Estados miembros, atribuyéndoles en su territorio el mismo efecto que a los diplomas, certificados y otros títulos por él emitidos (Sentencia de 23 de noviembre de 2000, Comisión/España, C-421/98).

El TJCE concluye que la legislación portuguesa no reconoce automáticamente los títulos profesionales en el ámbito de la arquitectura, al estar su reconocimiento subordinado a la realización de una prueba suplementaria que consiste en la verificación de las cualificaciones profesionales de dichas personas. Tal exigencia es contraria a las disposiciones de la Directiva 85/384.

El segundo fallo a comentar es la **STJCE (Sala Segunda) de 5 de julio de 2007, “Comisión/Bélgica”, As. C-522/04**, sentencia amplia y detallista, cuyo origen es un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, que solicita al Tribunal que declare que Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18, 39, 43, 49 y 56 TCE, así como Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 (EEE), así como de la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (Tercera Directiva de seguros de vida), convertidos, después de la refundición, en la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida.

La Comisión estimaba contrarias a Derecho Comunitario –y así lo declaró después el TJCE– las siguientes cinco prácticas llevadas a cabo por Bélgica y contenidas en distintos artículos del Código belga del impuesto sobre la renta de 1992 (CIR 1992):

(21) Hemos tomado el texto original en francés.

I. Derecho Comunitario

– Supeditar la deducibilidad de las primas de seguro complementario de vejez o de fallecimiento abonadas por el empresario al requisito de que las primas se paguen a una compañía de seguros o a un fondo de previsión establecidos en Bélgica.

– Supeditar la reducción por ahorro a largo plazo concedida a las primas de un seguro complementario de vejez y de fallecimiento o de una pensión complementaria abonadas por el contribuyente mediante la retención realizada por el empresario sobre el salario del trabajador, o mediante la retención practicada por la empresa sobre la remuneración del directivo de empresa que no esté vinculado por un contrato de trabajo, al requisito de que tales primas se paguen a una compañía de seguros o a un fondo de previsión establecidos en Bélgica.

– Prever que, cuando los capitales, los valores de rescate y el ahorro mencionados en el CIR 1992 se abonen o atribuyan a un contribuyente que haya trasladado previamente su domicilio o la sede de su patrimonio al extranjero, se considerará que el pago tuvo lugar el día anterior al del traslado. Y al asimilar cualquiera de las transferencias a las que se refiere el Código a una atribución, de forma que toda compañía de seguros tiene la obligación de realizar una retención a cuenta del impuesto sobre actividades profesionales sobre los capitales y los valores de rescate pagados a un no residente que haya sido residente fiscal en Bélgica en algún momento y en tanto estos últimos se hubieran constituido durante el período en el que el interesado era residente fiscal belga. Ello aunque los convenios fiscales bilaterales celebrados por Bélgica concedan al otro Estado contratante el derecho de gravar tales ingresos.

– Gravar las transferencias de capitales o de valores de rescate, constituidas mediante primas de jubilación complementarias abonadas por el empresario o el contribuyente, que realiza el fondo de pensiones o el organismo de seguros en el que se han constituido en interés del beneficiario o de sus causahabientes a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguros establecidos fuera de Bélgica, mientras que tal transferencia no constituye una operación gravable cuando los capitales o los valores de rescate se transfieren a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguros establecidos en Bélgica.

– Exigir a las aseguradoras extranjeras que no tienen sede en Bélgica que, antes de ofrecer sus servicios, designen a un representante responsable que resida en Bélgica y se comprometa al pago del tributo anual sobre los contratos de seguro, de los intereses y de las multas que podrían generarse de los contratos relativos a riesgos localizados en Bélgica.

Sobre el fondo del asunto, el TJCE recuerda que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros y éstos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario (Sentencia de 30 de enero de 2007, Comisión/Dinamarca, C-150/04²²). Las prestaciones de servicios en materia de seguros constituyen servicios en el sentido del artículo 50 TCE. El artículo 49 TCE se opone a la aplicación de una normativa nacional que reduzca sin justificación las posibilidades de que un prestador de servicios ejerce efectivamente

(22) Comentada en el núm. 35 de esta Revista (abril de 2007), pág. 86.

dicha libertad (S. de 30 de enero de 2007, Comisión/Dinamarca, C-150/04²³). También se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro. Finalmente, el artículo 49 CE se opone a toda norma nacional que pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (SS de 28 de abril de 1998, *Safir*, C-118/96, y de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar y Belgacom Mobile*, C-544/03 y C-545/03²⁴).

En el presente asunto, al supeditar la deducibilidad de las primas que ha de abonar el empresario con arreglo a un seguro complementario de vejez y de fallecimiento al requisito de que se abonen a una compañía de seguros o a un fondo de previsión establecidos en Bélgica, y al supeditar a ese mismo requisito, la reducción impositiva en relación con las primas abonadas por el contribuyente de un seguro complementario de vejez y de fallecimiento o de una pensión complementaria mediante la retención realizada por el empresario sobre el salario del trabajador, o mediante la retención practicada por la empresa sobre la remuneración del directivo de empresa que no esté vinculado por un contrato de trabajo, la normativa belga tiene como efecto que la libre prestación de servicios en materia de seguros a partir de otros Estados miembros sea más difícil que la puramente interna en Bélgica. Estas disposiciones pueden disuadir a los tomadores de seguros de suscribir contratos de seguros con compañías extranjeras. Por lo tanto, dichas disposiciones constituyen obstáculos a la libertad de prestación de servicios del artículo 49 TCE.

Esta conclusión debe aplicarse asimismo en lo que se refiere a gravar los capitales y los valores de rescate transferidos a un fondo de pensiones o a una aseguradora establecidos en el extranjero mientras que no se establece tal tributación cuando dichas transferencias se realizan a un fondo de pensiones o a una compañía de seguros establecidos en Bélgica. Esta disposición puede obstaculizar en mayor medida las actividades de prestadores de servicios en materia de seguros establecidos en un Estado miembro que no sea Bélgica, en el que prestan legalmente tales servicios.

Por lo que respecta a la obligación que tiene la aseguradora de otro Estado miembro de designar a un representante responsable en Bélgica, tal obligación, debido a las cargas y las limitaciones que implica, puede disuadir a estas empresas de ofrecer sus servicios en Bélgica. Por lo tanto, tal normativa constituye también un obstáculo a la libertad de prestación de servicios. De reiterada jurisprudencia se desprende que las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE pueden admitirse siempre que persigan un objetivo legítimo compatible con el Tratado, que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan

(23) Comentada en el núm. 35 de esta Revista (abril de 2007), pág. 86.

(24) Comentada en los números 29 (octubre de 2005), págs. 99-100 y 30 (enero de 2006), págs. 65-66, de esta Revista. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 23 (enero-abril de 2006), págs. 305-306.

más allá de lo necesario para su consecución (SS de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02²⁵, y de 7 de septiembre de 2006, “N”, C-470/04²⁶). Para determinar si la obligación de designar a un representante responsable que resida en Bélgica es necesaria para garantizar el pago del tributo sobre los contratos de seguro que podrían generarse de los contratos celebrados en el extranjero relativos a riesgos localizados en Bélgica, es preciso determinar si este objetivo podría alcanzarse a través de medidas menos restrictivas. En primer lugar, la Directiva 77/799 prevé el intercambio entre los Estados miembros de todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta de los impuestos sobre las primas de seguro. En segundo lugar, de conformidad con la Directiva 2002/83, Bélgica puede aplicar a las compañías de seguros que contraigan compromisos en su territorio sus disposiciones nacionales relativas a las medidas destinadas a garantizar la percepción de los impuestos indirectos y de las exacciones parafiscales que graven las primas de seguro relativas a los contratos referidos a riesgos localizados en dicho Estado miembro. De lo anterior se desprende que el Derecho belga contiene medidas adecuadas para alcanzar el objetivo de garantizar el pago de dicho tributo que atentan en menor grado contra la libre prestación de servicios que la obligación de designar a un representante responsable que resida en Bélgica. En tercer lugar, la Directiva 76/308 puntualiza que los impuestos sobre las primas de seguro, son objeto de asistencia mutua por lo que respecta a su cobro. Bélgica dispone de los medios necesarios para el cobro del tributo anual sobre los contratos de seguro. De ello se deriva que la obligación de las compañías de seguros no establecidas en Bélgica de designar a un representante responsable va más allá de lo necesario para garantizar el pago de dicho tributo y, por tanto, resulta desproporcionada respecto de dicho objetivo. El TJCE constata la infracción de la norma sobre la libre prestación de servicios establecida en los artículos 49 CE y 36 del Acuerdo EEE. Habida cuenta de todo lo anterior, el TJCE declara que, al mantener la normativa anteriormente mencionada, Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 TCE, 36 del Acuerdo EEE y la Directiva 92/96, convertido, después de la refundición llevada a cabo por la Directiva 2002/83.

La declaración de las autoridades belgas de que ya no se aplica el CIR 1992 si existe un convenio fiscal para evitar la doble imposición no constituye un cumplimiento de las obligaciones que incumben a Bélgica en virtud del Derecho comunitario. Aun cuando las autoridades de un Estado miembro no apliquen una disposición nacional contraria al Derecho comunitario, la seguridad jurídica exige que se modifique dicha disposición (SS de 9 de marzo de 2000, Comisión/Italia, C-358/98²⁷, y de 13 de julio de 2000, Comisión/Francia, C-160/99). Por consiguiente, debe considerarse que el CIR 1992 obstaculiza también la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y la libertad de establecimiento de los trabajadores por cuenta propia, garantizadas en los artículos 39 y 43 TCE.

Por lo que respecta a la vulneración del derecho general de libre circulación de personas garantizado por el artículo 18 TCE en lo que atañe a las personas que ya no ejerzan una

(25) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 71.

(26) Comentada en el número 34 de esta Revista (enero de 2007); págs. 82-83.

(27) Comentada en los números 9 (octubre de 2000), pág. 75 y 10 (enero de 2001), pág. 53, y 17 (octubre de 2002), pág. 81, de esta Revista.

actividad económica, se impone la misma conclusión por motivos idénticos a los expuestos (Sentencia de 18 de julio de 2006, De Cuyper, C-406/04²⁸).

Al gravar las transferencias de capitales o de valores de rescate que realiza el fondo de pensiones o el organismo de seguros en el que se han constituido en interés del beneficiario o de sus causahabientes a otro fondo de pensiones o a otro organismo de seguros establecidos fuera de Bélgica, el CIR 1992 disuade a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia de ir a instalarse a otro Estado miembro, al impedirles continuar en éste sus planes de ahorro. En consecuencia el CIR 1992 obstaculiza la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y la libertad de establecimiento de los trabajadores por cuenta propia, garantizadas en los artículos 39 y 43 TCE.

La Comisión también alegaba que Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo EEE, relativo a la libertad de prestación de servicios. Las disposiciones de este Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal dictadas con anterioridad a la firma del referido Acuerdo. Tanto el TJCE como el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) han reconocido la necesidad de velar por que las disposiciones del Acuerdo EEE que sean fundamentalmente idénticas a las del Tratado se interpreten de manera uniforme (SS del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04²⁹; de 26 de octubre de 2006, Comisión/Portugal, C-345/05, y del Tribunal de la AELC de 12 de diciembre de 2003). La norma que prohíbe las restricciones a la libertad de prestación de servicios recogida en el artículo 36 del Acuerdo EEE es idéntica a la establecida en el artículo 49 TCE. En estas circunstancias, la normativa belga constituye un obstáculo a la libertad de prestación de servicios tal como se establece en los artículos 49 TCE y 36 del Acuerdo EEE. Lo mismo ocurre con las normas que prohíben las restricciones a la libertad de circulación y a la libertad de establecimiento contenidas en el Acuerdo EEE, que son idénticas a los artículos 39 y 43 TCE. En estas circunstancias, también debe considerarse fundado el recurso de la Comisión por lo que atañe a la imputación basada en la infracción de las normas relativas a la libertad de circulación de las personas y a la libertad de establecimiento contenidas en el Acuerdo EEE. En consecuencia, el TJCE declara que Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 18, 39 y 43 TCE, así como del Acuerdo EEE, al mantener en vigor una normativa que deniega el derecho a deducir las primas abonadas por el empresario o, la reducción impositiva en relación con las primas abonadas por el contribuyente a organismos de seguros establecidos en otros Estados miembros, o que crea, una ficción jurídica, o que grava los capitales y los valores de rescate transferidos a un fondo de pensiones o a otro organismo de seguros establecidos fuera de Bélgica.

(28) 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. 1061-1062.

(29) En relación a esta Sentencia, vid. el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 24 (mayo-agosto de 2006), págs. 627 a 630.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Ámbito de aplicación

Tal y como ha declarado la STJCE de 18 de julio de 2007, **Hartmann, As. C-212/05**, puede invocar la condición de trabajador migrante, en el sentido del Reglamento núm. 1612/68, un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, traslada su domicilio a otro Estado miembro. Y es que como afirma dicha sentencia, en relación con la situación que originó el litigio principal,

“(…) la instalación del Sr. Hartmann en Austria por motivos que no son de carácter profesional no justifica que se le deniegue la condición de trabajador migrante, adquirida desde el momento en que, después del traslado de su domicilio a Austria, ejerció plenamente su derecho a la libre circulación de trabajadores al desplazarse a Alemania para ejercer en dicho país una actividad profesional” (apartado 18).

b) Contenido jurídico. Igualdad de trato

La STJCE de 18 de febrero de 2007, **Lakebrink, As. C-182/06**, tiene como objeto analizar si la falta de aplicación de determinadas ventajas fiscales en el Impuesto sobre la Renta de los no residentes conlleva una vulneración del principio de no discriminación. En el supuesto que da origen a la cuestión prejudicial que resuelve el Tribunal mediante esta sentencia, los esposos Lakebrink, que trabajan en Luxemburgo pero residen en Alemania, a diferencia de las personas que trabajan y residen en Luxemburgo, no han tenido el derecho, con arreglo a la legislación luxemburguesa, a solicitar que se tengan en cuenta las pérdidas de rendimientos derivados del arrendamiento relativas a sus bienes inmuebles sitos en Alemania, a efectos de la determinación del tipo impositivo aplicable a las rentas que dichos esposos han percibido en Luxemburgo.

Habida cuenta de que es fácilmente comprobable que el trato que dispensa la normativa controvertida a los trabajadores no residentes es menos beneficioso que el que se aplica a los trabajadores residentes, la argumentación principal de la sentencia va destinada a determinar si existe una discriminación indirecta. Y así lo afirma, reiterando la doctrina de la STJCE de 14 de febrero de 1995, **Schumacker, As. C-279/93**. Y es que, como se declarara en esta sentencia, en materia de impuestos directos la situación de los residentes y la de los no residentes no son, por lo general, comparables. Ahora bien, estas situaciones sí son comparables si, como en el supuesto del litigio principal, el no residente no obtiene ingresos significativos en el Estado de su residencia y percibe la mayor parte de sus ingresos imponible en el Estado de empleo. Esta situación sería comparable con la de un residente debido a que la situación personal y familiar del contribuyente no es tomada en cuenta en el Estado de residencia.

Por su parte, dos SSTJCE de 18 de julio de 2007, **sentencia Hartmann, As. C-212/05 y sentencia Geven, As. C-213/03**, analizan si es contraria al principio de igualdad de trato la falta de reconocimiento por parte del Derecho alemán a determinadas personas de la

prestación de crianza. La falta de reconocimiento de esta ventaja social se basaba en que en ambos supuestos los solicitantes no residían en Alemania. Así, en el primero de ellos, la prestación por crianza se deniega al cónyuge de un trabajador fronterizo comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1612/68. En el segundo, a una persona que desempeña en Alemania una actividad profesional menor.

Para resolver estas cuestiones, el Tribunal de Justicia parte de que la prestación de crianza alemana es un instrumento de política familiar nacional destinado a promover la natalidad en el país. El objetivo principal de dicha prestación es permitir a los padres que atiendan ellos mismos a sus hijos, renunciando a una actividad económica o bien limitándola para dedicarse a educar a sus hijos durante la primera fase de su vida. En este sentido, advierte el Tribunal que el legislador alemán no se ha limitado a aplicar estrictamente el requisito de residencia para conceder la prestación de crianza, sino que ha admitido excepciones que permiten también a los trabajadores fronterizos disfrutar de ella, de modo que, según esta legislación, una contribución significativa al mercado de trabajo nacional constituye también un elemento válido de integración en la sociedad de dicho Estado miembro. En estas circunstancias, concluye el Tribunal en la Sentencia Hartmann, no puede denegarse la concesión de la prestación controvertida en el litigio principal a una pareja, como los esposos Hartmann, que no reside en Alemania, pero uno de cuyos miembros ejerce en dicho Estado una actividad profesional en jornada completa. Ahora bien, se debe admitir que constituye una justificación lícita para denegar la ventaja social controvertida el hecho de que el trabajador que no reside en el Estado miembro de que se trate no tenga una actividad profesional suficientemente significativa en este Estado, lo que sucede en el supuesto que resuelve la sentencia Geven.

c) Límites

La STJCE de 7 de junio de 2007, Comisión c. Países Bajos, As. 50/06, ha declarado que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio.

En este sentido el Tribunal de Justicia advierte que una interpretación como la mantenida por el Gobierno luxemburgués, según la cual las disposiciones de la Directiva 64/221 son únicamente de aplicación a los ciudadanos que residan legalmente en el territorio de acogida no se ajusta al Derecho comunitario. Además, añade que si bien no puede acreditarse que exista, en la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros, un automatismo absoluto entre, por un lado, una condena penal y, por otro lado, una medida de expulsión del territorio, no es menos cierto que esta legislación permite expulsar del territorio del Reino de los Países Bajos, sin observar las garantías materiales y procesales

previstas en la Directiva 64/221, a los ciudadanos de la Unión que hayan sido objeto de una condena penal.

D) Libre circulación de capitales

a) Ámbito de aplicación de la excepción establecida en el artículo 57 CE

La STJCE de 24 de mayo de 2007, As. Holböck, C-157/05, ha tenido ocasión de referirse al ámbito de aplicación de la excepción establecida en el artículo 57.1 CE. Como es sabido, este precepto establece que la prohibición de restricciones a los movimientos de capitales establecida en el artículo 56 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

Pues bien, como ya hiciera en la STJCE de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, As. C-374/04, el Tribunal de Justicia ha declarado que las restricciones a los movimientos de capitales que suponen inversiones directas o un establecimiento en el sentido del artículo 57 CE, apartado 1, comprenden no sólo las medidas nacionales que, en su aplicación a movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos, restringen las inversiones o el establecimiento, sino también las que restringen los pagos de dividendos que se derivan de ello. De ahí se deduce, añade el Tribunal, que una restricción a los movimientos de capitales, tal como un trato fiscal menos favorable de los dividendos de origen extranjero, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, en la medida en que se refiera a participaciones que hayan sido tomadas para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos entre el accionista y la sociedad de que se trate y que permitan que el accionista participe de manera efectiva en la gestión o el control de esa sociedad.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad.

a) Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional: El Auto que resuelve un incidente de recusación es irrecurrible (artículos 80 y 93.2 LOTC). b) Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional: El Auto que inadmite la recusación de un Magistrado es recurrible (artículo 93.2 LOTC). c) La pretensión de un recurso debe ser la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal (artículo 33.1 LOTC).

B) Recurso de amparo. a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se pueden interponer simultáneamente el recurso de amparo y un recurso o remedio procesal ordinario. b) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No es imprescindible la invocación expresa del precepto constitucional vulnerado. c) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No se cumple este requisito con la invocación intempestiva del derecho. d) Extinción del recurso de amparo por desaparición sobrevinida del objeto al haberse producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se comentan las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional más significativos de los meses de abril, mayo y junio de 2007. No hay nada reseñable sobre conflictos competenciales. En cuanto a los procesos constitucionales, pueden destacarse los AATC 192/2007 y 224/2007 en los que se inadmite y se desestima respectivamente sendos recursos de súplica contra las decisiones en relación con la recusación de Magistrados dictadas en el trimestre anterior y comentadas en el número 36 de esta Revista. Se trata de un capítulo más en esta controvertida materia. También puede destacarse el ATC de 12 de julio de 2007 que, pese a su fecha, hemos preferido incluir en esta crónica por el interés que suscita. En él se inadmite un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por

el Consell de la Generalitat Valenciana contra un precepto del Estatuto de Andalucía reformado. La causa de inadmisión es que la propia demanda no consideraba inconstitucional el precepto impugnado, ni solicitaba una declaración de inconstitucionalidad del mismo, sino que tan sólo pretendía una “interpretación constitucional”. En opinión del Tribunal, esta solicitud excede de sus competencias previstas en la Constitución y en la LOTC y sólo podrá dictar este tipo de sentencias “interpretativas” en el marco de un proceso en el que se solicita una declaración de inconstitucionalidad.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional: El Auto que resuelve un incidente de recusación es irrecurrible (artículos 80 y 93.2 LOTC)

El ATC 192/2007, de 21 de marzo, inadmite el recurso de súplica interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra el ATC 26/2007, de 5 de febrero, del que ya se dio cuenta en el número 36 de esta Revista. En este último Auto se estimó la recusación del Magistrado don Pablo Pérez Tremps en el recurso de inconstitucionalidad presentado el 31 de julio de 2006 por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El Tribunal comienza su examen de la cuestión por el análisis del artículo 93.2 LOTC con arreglo al cual “contra las Providencias y los Autos que dicte el Tribunal Constitucional sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica”. La regla general que deduce de este precepto es la de la recurribilidad en súplica de los autos y Providencias del Alto Tribunal. En consecuencia, estima que la irrecurribilidad debe ser expresamente fijada por el legislador para cada caso. Así lo hace la LOTC en determinados supuestos (como en los Autos de inadmisión de los recursos de amparo) y así considera el Tribunal que puede hacerse en normas de aplicación supletoria a las que la LOTC se remite para regular algún aspecto concreto de la actuación del Tribunal Constitucional.

De esta forma, recuerda el Tribunal que el artículo 80 LOTC se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recusación y abstención y que los artículos 228.3 LOPJ y 113 LEC disponen que “contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno”. Por el contrario, considera el Tribunal que la irrecurribilidad no se predica de los Autos que inadmitan la recusación, basándose en lo dispuesto en los artículos 223 LOPJ y 107 LEC.

Formulan un Voto Particular concurrente los Magistrados doña Emilia Casas Bahamonde, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Pascual Sala Sánchez y don Manuel Aragón Reyes. Sin discrepar de la decisión de inadmisión, exponen su opinión disidente

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

en cuanto a la fundamentación de la misma. Consideran estos Magistrados que la Ley que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional es su propia Ley Orgánica y que el llamamiento que el artículo 80 de dicha Ley hace a otras leyes procesales se refiere exclusivamente a las materias enumeradas en dicho precepto y no a otras. Así la supletoriedad de la LOPJ y de la LEC sólo alcanza a la disciplina de categorías y formas procesales (días y horas hábiles, cómputo de plazos, forma de los actos, ...) y de instrumentos de garantía de la imparcialidad (abstención y recusación), pero no a la determinación de la naturaleza y eficacia de las resoluciones del Tribunal, esto es, al régimen de recursos frente a las mismas y, por ello, a la definición de su recurribilidad o irrecurribilidad.

Por ello, en este caso, según el Voto Particular concurrente, el único precepto aplicable sería el artículo 93.2 LOTC, que dispone que las Providencias y Autos son susceptibles “en su caso” de recurso de súplica. La razón por la que consideran que en este supuesto concreto el recurso resultaba inadmisibile no es por la irrecurribilidad general de los Autos que resuelvan una recusación –pues la regla general, también en este caso, sería su recurribilidad–, sino que, interpretando el inciso “en su caso” del artículo 93.2 LOTC, los Magistrados discrepantes entienden que en este recurso concreto no se alegaron datos o circunstancias nuevas que no hubiesen podido tenerse en cuenta al dictarse la estimación de la recusación.

El Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel emite otro Voto Particular concurrente que coincide con la mayoría y reafirma sus argumentos.

b) Recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional: El Auto que inadmite la recusación de un Magistrado es recurrible (artículo 93.2 LOTC)

El ATC 224/2007, de 19 de abril, desestima el recurso de súplica interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra el ATC 177/2007, de 7 de marzo, que inadmitió la recusación del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, Auto, este último, del que ya dimos cuenta en el número 36 de esta Revista.

En este caso, y siguiendo la doctrina sentada en el ATC 192/2007, de 21 de marzo, antes referido, el Tribunal Constitucional considera que el Auto de 7 de marzo de 2007, por ser un Auto de inadmisión de la recusación solicitada, era recurrible, en base al artículo 93.2 LOTC. Por lo tanto, entra en el fondo del asunto del recurso de súplica y reitera las consideraciones por las que inadmitió la recusación en su momento, alegando las mismas razones expuestas en el ATC de 7 de marzo de 2007, esto es, fundamentalmente, que el trabajo del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez era un trabajo académico, doctrinal o científico. En consecuencia, desestima el recurso de súplica.

No hay, en este caso, Voto Particular alguno, pero no deja de sorprender la argumentación de la mayoría del Tribunal en cada uno de los Autos aquí referenciados, pues no quedan claras las razones por las que en un caso se inadmite el recurso de súplica y en el otro se admite y se desestima.

c) La pretensión de un recurso debe ser la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal (artículo 33.1 LOTC)

El ATC de 12 de julio de 2007 inadmite a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consell de la Generalitat Valenciana contra el apartado segundo de la Disposición Adicional Tercera de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Considera el Tribunal que la demanda no satisface todos los requisitos de admisibilidad regulados en el artículo 33.1 LOTC. Este precepto dispone que la demanda en un recurso de inconstitucionalidad debe, entre otros aspectos, “concretar la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido”. Entiende el Tribunal que en este caso no se precisaba el precepto constitucional que se consideraba infringido porque la demanda consideraba que el precepto impugnado se acomodaba a la Constitución.

También constata el Tribunal que el pronunciamiento que la demanda le solicita no es el propio de un procedimiento de inconstitucionalidad toda vez que el Suplico de la demanda no solicita al Tribunal que declare la inconstitucionalidad del precepto recurrido, sino que “determine la interpretación constitucional” de dicho precepto. Recuerda el Tribunal que el recurso de inconstitucionalidad no está concebido para impugnar normas consideradas constitucionales y pedirle que confirme tal criterio. El Tribunal sólo podría declarar la constitucionalidad de un precepto en el seno de un proceso en el que se solicite su inconstitucionalidad y se desestime esa pretensión (artículo 27.1 LOTC).

Pone de manifiesto el Tribunal que, en realidad, la demanda plantea la incongruencia del precepto del Estatuto de Autonomía de Andalucía recurrido con lo dispuesto en el apartado primero de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Así pues, lo que en realidad cuestiona el recurrente es la LO 6/2006, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Pero esta Ley ya fue recurrida en tiempo y forma.

B) Recurso de amparo**a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se pueden interponer simultáneamente el recurso de amparo y un recurso o remedio procesal ordinario**

A partir de una resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parcialmente favorable a sus intereses, el demandante de amparo (que había sido objeto de una condena penal) interpuso en paralelo un recurso ante el Tribunal Supremo que fue calificado por éste como recurso de revisión y, sin advertir de esta interposición simultánea, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que solicitaba la anulación de la sentencia penal condenatoria anterior.

Mediante la STC 70/2007, de 16 de abril, el Tribunal Constitucional inadmite este recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a)] pues

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

estima, recordando su propia doctrina anterior, que no puede solicitar el amparo quien ha considerado procedente la utilización de un recurso o remedio procesal en la vía ordinaria en tanto ésta no haya concluido ya que, de lo contrario, se estaría afectando a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Resulta imposible, pues, la coexistencia temporal de un recurso de amparo con la vía judicial (STC 350/2006, entre otras).

b) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No es imprescindible la invocación expresa del precepto constitucional vulnerado

La STC 71/2007, de 16 de abril, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2003 que desestimó la demanda por despido de los recurrentes. Éstos alegaban vulneración de sus derechos a la huelga (artículo 28.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Mientras que la Sentencia del TSJ estimaba que no hubo vulneración de tales derechos porque hubo una previa baja voluntaria por no reincorporación al puesto de trabajo, los demandantes de amparo consideran que existía una situación de huelga legal en la fecha en la que se afirma que se habría producido la baja voluntaria por no reincorporación al puesto de trabajo.

La entidad mercantil demandada alegó que concurría causa de inadmisión del recurso de amparo por falta de invocación del derecho vulnerado a la huelga del artículo 28.2 CE en la vía judicial previa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que en la vía judicial previa se había debatido tanto la cuestión fáctica sobre si los recurrentes mantuvieron una situación de huelga legal hasta el momento de la negativa a su readmisión por parte de la empresa, como la cuestión jurídica sobre las consecuencias que de ello cabría derivar en cuanto a la posibilidad de admitir la existencia de una baja voluntaria por no haberse reincorporado al trabajo a requerimiento empresarial. Así pues, teniendo en cuenta que los recurrentes habían invocado el derecho a la huelga en el recurso de amparo con fundamento en cuestiones fácticas y jurídicas que estuvieron perfectamente delimitadas y acotadas en la vía judicial previa y que fueron sometidas al análisis y valoración de los órganos judiciales, el Tribunal concluye que, si bien en la vía judicial previa no se hizo invocación expresa del artículo 28.2 CE, sin embargo sí se posibilitó un pronunciamiento y eventual restablecimiento temprano de dicho derecho y, en consecuencia, rechaza la concurrencia de la causa de inadmisión alegada.

c) Invocación del derecho constitucional vulnerado en la vía judicial previa [artículo 44.1.c) LOTC]: No se cumple este requisito con la invocación intempestiva del derecho

En la STC 93/2007, de 7 de mayo, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo interpuesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid de 20 de enero de 2004. Las demandantes de amparo alegaban que este Auto había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al haberles cerrado la vía del recurso de apelación a causa de la falta de pago de la tasa judicial establecida en el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

El Tribunal Constitucional considera que el recurso de amparo resulta inadmisibile porque las actoras invocaron de forma tardía el derecho fundamental cuya vulneración denunciaban. Asimismo recuerda el Tribunal que el requisito previsto en el artículo 44.1.c) LOTC incluye una doble exigencia: la invocación formal del derecho constitucional vulnerado y la exigencia temporal de que esa invocación se produzca “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. En este caso, las actoras no realizaron ninguna referencia a la cuestión relativa al impago de la tasa y al cierre de la vía de recurso producida como consecuencia del mismo en las primeras fases del iter procesal, sino que la primera vez que suscitaron la cuestión fue en el recurso de queja interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valladolid. Esta invocación intempestiva no puede considerarse suficiente para cumplir el requisito del artículo 44.1.c) LOTC.

d) Extinción del recurso de amparo por desaparición sobrevenida del objeto al haberse producido la satisfacción extraprocésal de la pretensión

La STC 118/2007, de 21 de mayo, declara extinguido el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de 16 de abril de 2003 de la Audiencia Nacional. El demandante de amparo había formulado recurso contencioso-administrativo el 17 de mayo de 2002 contra la desestimación por silencio administrativo de su pretensión sobre pérdida de condiciones psicofísicas e imputaba a la Sentencia de la Audiencia Nacional mencionada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo se produjo la resolución expresa de la Administración y, al ser recurrida ésta en vía contencioso-administrativa, los órganos judiciales, entrando a conocer del fondo de la pretensión del demandante, repararon la lesión aducida antes de que el Tribunal Constitucional se pudiese pronunciar sobre la demanda de amparo. De esta forma, la pretensión dirigida al restablecimiento del derecho fundamental vulnerado a la tutela judicial efectiva se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo con posterioridad a la iniciación de éste, por lo que el Tribunal concluye que tal proceso carece ya de objeto sobre el que deba pronunciarse (STC 13/2005).

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. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). a) Violación procedimental del artículo 2 como consecuencia de la dilación en la investigación de muerte por error médico. b) Violación de las obligaciones positivas del artículo 2 en un caso de violencia de género. C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) La permanencia en prisión durante y después de una huelga de hambre no constituye, en sí misma, un trato inhumano. b) La extradición a Estados donde no está garantizado el respeto a la dignidad de los reclusos. c) Inspecciones corporales arbitrarias en un marco legal conforme con el Convenio. D) Garantías del proceso. a) Derecho a interrogar o hacer interrogar a testigos menores de edad que declaren contra el acusado [artículo 6.3.d) CEDH]. b) La pluralidad de interpretaciones, basada en criterios objetivos y razonables, no supone vulneración del artículo 6.1. E) No hay pena sin ley (artículo 7). Previsibilidad de la ley penal y analogía: ¿No se vulnera el artículo 7 CEDH cuando la interpretación analógica de una ley penal ya es recogida por la jurisprudencia? F) Derecho al respeto de la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH. a) El interés superior del niño como contrapeso del derecho a la vida familiar de sus progenitores. b) Vulneración del artículo 8 por el no reconocimiento de una adopción plena declarada en otro país por la condición de soltera de la adoptante. c) Medidas secretas de vigilancia contrarias al artículo 8 del Convenio. d) El derecho a la vida familiar de los extranjeros cede, incluso en los casos de mayor integración, ante delitos de extrema gravedad. e) Secreto de la correspondencia y necesidad de la previsión legal del control del uso, para fines legítimos, de las conversaciones telefónicas, de los correos electrónicos y de Internet en el trabajo. G) Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: artículo 9 CEDH. a) Obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 9 CEDH en relación con la persecución de minorías religiosas por miembros de otras creencias. b) Educación cristiana y adoctrinamiento contrario al derecho a la

instrucción (artículo 2 protocolo 1º). Insuficiencia de una dispensa parcial. c) Falta de previsibilidad de la normativa reguladora de los cambios en el registro de asociaciones religiosas. d) La intolerancia y las arbitrariedades frente a confesiones religiosas minoritarias –protestantes– o sus miembros violan el principio de neutralidad e imparcialidad del Estado. H) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH. a) La defensa del uso de la violencia, de la resistencia armada y el discurso del odio como límites a la libertad de expresión. b) Libertad de expresión y difusión de las fotos del cadáver de una personalidad política asesinada: violación del derecho a la vida privada familiar. c) Libertad de expresión, secreto del sumario y presunción de inocencia. d) Amplia libertad de expresión de los representantes e interdicción de sanciones incluso civiles. I) Libertad de reunión y asociación: artículo 11 CEDH. a) La coincidencia entre el ideario de un partido político y de una organización terrorista no autorizan *per se* la disolución del partido. b) Libertad de asociación y límites a los masones en la legislación regional italiana.

c) La participación electoral como criterio de distinción entre partidos y asociaciones. d) Límites a la financiación de partidos políticos por partidos extranjeros. Rama francesa del PNV. J) Derecho a un recurso efectivo (artículo 13). a) El derecho de reunión y manifestación pública (artículo 11 CEDH) incluye el derecho a un recurso efectivo frente a las prohibiciones, es decir, a una decisión revisora en tiempo. b) Necesidad de un recurso con efectos suspensivos del rechazo frente a solicitudes de derecho de asilo en frontera. K) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º). Es desproporcionada la revocación del mandato parlamentario como consecuencia automática y accesorio de la disolución de un partido por actividades contrarias a la Constitución. L) Artículo 34. El objeto del litigio se centra en la demanda y no puede ser ampliado en trámite de alegaciones a otros derechos, modificando las causas de admisión de la queja. M) Casos contra España. Condena por falta de congruencia en la actuación del Tribunal Supremo.

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Derecho a la no discriminación: efectos civiles del matrimonio realizado conforme a los usos y costumbres gitanos (artículo 14 CE). B) Libertad religiosa (artículo 16 CE). Reiteración de la doctrina confirmando la legitimidad constitucional de la certificación de idoneidad eclesiástica para profesores de religión católica. C) Derecho a la propia imagen: artículo 18 CE. La difusión de la imagen de una policía en un desalojo no vulnera el derecho a la propia imagen en cuanto resulta

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

encuadrable en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982. D) Libertad de expresión e información [artículo 20.1.a) y d) CE]. a) Reportaje neutral y medios audiovisuales: El especial deber de diligencia de los periodistas que desarrollan una labor en estos medios. b) Crítica de un periodista a su propia empresa editora. E) Sucesión de Batasuna en candidaturas electorales, bien de un partido político, bien de agrupaciones de electores (artículos 6, 23 y 24 CE). F) La aplicación inmediata, una vez iniciada la legislatura, de una reforma reglamentaria que priva de derechos básicos de la función representativa a parlamentarios es contraria al derecho del artículo 23.2 CE. G) No es inconstitucional exigir vehículo propio a repartidores de Correos (artículo 23.2 CE). H) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). a) La denegación de revisión de condena penal firme en virtud de sentencia condenatoria para España del TEDH no vulnera la presunción de inocencia si hay otras pruebas independientes y previas que permiten enervar dicha presunción. No necesidad de nuevo enjuiciamiento global en la revisión. b) La denegación sin base legal de una prueba propuesta en tiempo y forma determina la nulidad de la sentencia. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a la tutela judicial efectiva. a) Denegación de autorización de revisión de sentencia. Caso Puig Antich. b) Legitimación para acceder al proceso. c) Derecho a utilizar los medios de prueba. B) Extranjeros y asilo (artículo 13 CE). a) Nacionalidad y residencia. b) Nacionalidad y concepto de “buena conducta cívica”.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante los meses de abril, mayo y junio de 2007.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2007, el TEDH ha dictado un total de 419 sentencias, si bien algunas de ellas fueron desistimientos y también alguna se corresponde a asuntos “borrados de la lista”.

Merece la pena comenzar poniendo de relieve aquí, en el plano organizativo, que el TEDH, con financiación del Gobierno irlandés, ha inaugurado un sistema de difusión a través de la web (webcasting) de las audiencias ante el mismo, en un intento de difundir sus actividades y lograr una mayor proximidad a la comunidad jurídica en particular y a todos los ciudadanos en general, bien de modo directo, bien de modo indirecto, pero no menos importante, a través de los periodistas y medios de comunicación, al tener acceso a los distintos argumentos expuestos ante la Corte en los principales asuntos en que está llamada a resolver. El primer asunto retransmitido de este modo, en diferido por unas horas, ha sido **Maumousseau and Washington c. Francia** (28 de junio de 2007), al que luego han seguido ya otros, todos ellos accesibles libremente en la red.

Entrando ya en el contenido de la jurisprudencia de este período, empecemos por decir que, como es lo habitual, buena parte de las sentencias aprecian que los procedimientos ante los tribunales nacionales habían excedido el “plazo razonable”, países condenados entre los que no se cuenta España y destacan especialmente los países del Este. Muy particularmente, ocupan aquí un lugar destacado por el número de condenas Bulgaria, Turquía, Grecia o Ucrania.

También son numerosas, una vez más, las sentencias que analizan la eventual vulneración del artículo 5.3 CEDH por lo excesivo del período de tiempo sufrido en prisión provisional por el demandante, sobresaliendo en este punto el caso de Rusia.

En otro número importante de casos, se declara que la falta de ejecución de una sentencia firme o el retraso excesivo de la ejecución vulneran los artículos 6.1 CEDH y 1 del Protocolo adicional al CEDH y aquí destaca el caso de Turquía.

Varios asuntos de los estudiados condenan a diversos países por las condiciones de los centros de detención o de los centros penitenciarios, lo que derivaría en una violación del artículo 3 CEDH, por ejemplo, **Ciorap c. Moldavia**, de 19 de junio; **Kantýrev c. Rusia**, de 21 de junio, o **Malechkov c. Bulgaria**, de 28 de junio.

También encontramos un número importante de asuntos en los que Turquía es condenada por la violación de varios derechos fundamentales de kurdos, entre ellos, los artículos 2, 3, 5, 6, 9, 10, 11, pudiendo destacarse aquí el asunto **3 Durmus Kurt y otros c. Turquía** de 31 de mayo. Estas violaciones sistemáticas de derechos humanos también son cometidas por Rusia en contra de la población chechena: artículos 2, 3, 5 y 6 (véanse, así, los asuntos **Akhmadova y Sadulayeva c. Rusia**, de 10 de mayo y **Bitiyeva y X c. Rusia**, de 21 de junio).

Y, por último, podemos subrayar una serie de sentencias sobre procesos expropiatorios en Turquía, con vulneración del derecho de propiedad, del tipo de las que ya nos hemos ido haciendo eco en otras crónicas; véase, por ejemplo, **Belge c. Turquía**, de 26 de junio.

Del resto de asuntos resueltos destacamos los siguientes:

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) Derecho a la vida (artículo 2)

a) Violación procedimental del artículo 2 como consecuencia de la dilación en la investigación de muerte por error médico

En el caso *Šilih v. Slovenia*, de 28 de junio de 2007, se aborda un caso de muerte por negligencia médica y de ineficacia en la investigación judicial posterior. La Corte comienza por recordar que el artículo 2 requiere un sistema independiente para investigar y determinar las responsabilidades por las muertes de los pacientes en el ejercicio de la profesión médica tanto en el sector público como en el privado, y que esa obligación estatal no se satisface si la protección ofrecida existe sólo en teoría, sino que debe operar en la práctica e incluye el examen de la causa sin retrasos innecesarios. Analiza a continuación que los procedimientos penales y civiles para determinar la responsabilidad en este caso se iniciaron en 1994 y terminaron en el año 2006, por lo que no se puede hablar de una “efectiva investigación” de la muerte del paciente y concluye que se ha producido una vulneración procesal del artículo 2 del Convenio.

b) Violación de las obligaciones positivas del artículo 2 en un caso de violencia de género

La STEDH de 31 de mayo de 2007, en el asunto *Kontrová contra Eslovaquia*, contiene una condena por vulneración del artículo 13 con relación al artículo 2 por ausencia de medidas policiales apropiadas para proteger a una mujer y sus hijos del acoso y maltrato que termina con la muerte de sus dos hijos y el suicidio del ex marido. El caso tiene relevancia particular en España en el marco de las medidas específicas que se vienen adoptando para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género.

C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

a) La permanencia en prisión durante y después de una huelga de hambre no constituye, en sí misma, un trato inhumano

En el supuesto resuelto en el asunto *Bagnyank contra Turquía*, de 5 de junio, el Tribunal condena al Estado por diversas violaciones de los artículos 5.3, 5.4 y 6.1 (dilaciones) debido a la duración de la prisión provisional y el proceso contra un sospechoso de diversos actos de terrorismo. Sin embargo, desde nuestra perspectiva el asunto más interesante resuelto en esta decisión es la ausencia de un trato inhumano y degradante (artículo 3 CEDH) como consecuencia de la continuidad en prisión del detenido pese a haberse declarado en huelga de hambre. El TEDH recuerda las medidas adoptadas en los años 2000 (en particular en el año 2004) con una misión específica a las cárceles turcas para examinar las condiciones de detención y de salud de los presos en huelga de hambre y que ya entonces se consideró conforme con el CEDH la continuidad en prisión de estos presos siempre y cuando tuvieran la suficiente atención médica. Dado que el Tribunal no considera probado cambio alguno en las condiciones médicas de atención a los presos en huelga de hambre y dado que el recurrente había utilizado tales medios durante su estancia en prisión (y durante su huelga de hambre) no considera que exista lesión al artículo 3 del CEDH.

b) La extradición a Estados donde no está garantizado el respeto a la dignidad de los reclusos

En el asunto **Garabayev contra Rusia**, de 7 de junio, el TEDH condena al Estado demandado por violación de varios preceptos del Convenio. Desde el punto de vista de esta crónica el aspecto de la condena más interesante es por la violación del artículo 3. En el supuesto examinado, el recurrente, ciudadano ruso, fue extraditado a Turkmenistán como consecuencia de una demanda de aquel Estado. Durante el proceso de extradición, además de otras irregularidades por las que también se condena a Rusia, diversos actores (el abogado defensor, una ONG y hasta un diputado ruso) pusieron de manifiesto los riesgos de que el recurrente fuera sometido a un trato inhumano o degradante en el caso de que fuera extraditado. Desoyendo estos avisos, sin comprobación previa de las condiciones de detención en el país solicitante, sin establecer ninguna cautela y sin incluir condición alguna para la extradición, el recurrente fue extraditado. En los tres meses en que estuvo detenido en Turkmenistán fue sometido a tratos vejatorios de los que el TEDH hace responsable a Rusia por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar la amenaza de que se lesionara su derecho reconocido en el artículo 3 CEDH, pese a conocer los riesgos reales de que tal maltrato se produjera.

c) Inspecciones corporales arbitrarias en un marco legal conforme con el Convenio

En el asunto **Frerot contra Francia**, de 12 de junio, el TEDH aprecia violación del artículo 3 en un supuesto de inspecciones a los reclusos que conllevaban su desnudo integral, el examen visual del ano y de la boca. El TEDH recuerda su conocida doctrina al respecto que admite en determinadas circunstancias y para concretas finalidades la inspección directa del cuerpo de los reclusos y reconoce, *prima facie*, que la situación en que se llevaban a cabo estas prácticas en las cárceles francesas satisfacen los requisitos establecidos en su jurisprudencia dadas las instrucciones emanadas de las autoridades respecto al modo y finalidad de las mismas, procurando en todo caso salvaguardar la dignidad de los reclusos. Sin embargo, alguno de los casos denunciados por el recurrente, el exceso de arbitrariedad permitida, y practicada para su puesta en práctica, así como la frecuencia e imprevisibilidad de las mismas (acompañadas de la sanción con el aislamiento en caso de negarse) generan, a juicio del TEDH, un excesivo sufrimiento y ansiedad en los reclusos incompatible con la garantía de un trato humanitario.

D) Garantías del proceso (artículo 6)**a) Derecho a interrogar o hacer interrogar a testigos menores de edad que declaren contra el acusado [artículo 6.3.d) CEDH]**

En el asunto **A.H. c. Finlandia**, de 10 de mayo, el TEDH señala las condiciones en las que una prueba de cargo, realizada en la fase de instrucción de un procedimiento penal y no reiterada en la vista oral, se ajusta a las exigencias de los artículos 6.1 y 6.3 CEDH. En el

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

asunto analizado la prueba de cargo era el testimonio de la víctima del delito, un delito de abusos sexuales, que, además, era menor de edad. Resultaba destacable que el testimonio del menor era la única prueba de cargo que directamente se refería a los abusos sexuales. A pesar de ello, ni el presunto agresor ni su abogado pudieron realizar ninguna pregunta a la víctima ni en fase de instrucción, ni posteriormente, lo cual determinó, a ojos del TEDH, la vulneración del artículo 6 CEDH.

b) La pluralidad de interpretaciones, basada en criterios objetivos y razonables, no supone vulneración del artículo 6.1

En el asunto **Pérez Arias contra España, de 28 de junio de 2007**, la recurrente es viuda y madre de dos personas fallecidas en un accidente de tráfico. Se le aplica el baremo de indemnizaciones y recibe sólo la mitad del correspondiente a la muerte del hijo por entender el tribunal que la cantidad fijada se aplica cuando viven los dos padres, el Supremo confirma esta interpretación, aunque reconoce que existen decisiones contradictorias de las audiencias, y de hecho poco después dicta una sentencia para unificación de la doctrina en ese sentido. El Tribunal Constitucional inadmite el amparo por carencia de contenido constitucional el 31 de marzo de 2003. La Corte considera, por unanimidad, que no hay vulneración del artículo 6, y que la ausencia de uniformidad en los criterios de interpretación no es lo suficientemente importante como para poner en duda la existencia de un grado suficiente de seguridad jurídica, sino que está basada en una justificación objetiva y razonable.

E) No hay pena sin ley (artículo 7). Previsibilidad de la ley penal y analogía: ¿No se vulnera el artículo 7 CEDH cuando la interpretación analógica de una ley penal ya es recogida por la jurisprudencia?

El asunto **Custers, Deveaux Y Turk c. Dinamarca, de 3 de mayo**, analiza la eventual vulneración del principio de legalidad penal, recogido en el artículo 7 CEDH. En este asunto se analiza si la imposición de una multa a unos activistas de Greenpeace, que se introdujeron sin el permiso requerido en una base militar de Groenlandia, vulnera el principio indicado. En este asunto, el TEDH recuerda que la noción de ley recogida en este precepto no se diferencia de la contenida en otros preceptos del CEDH, de forma que la sanción puede aparecer prevista tanto en leyes como en jurisprudencia siempre y cuando la norma cumpla dos requisitos cualitativos, que sea accesible y que las consecuencias que se derivan de su aplicación sean previsibles. En el supuesto objeto de estudio la sanción aparecía contemplada en una Orden. Sin embargo, subraya el TEDH, el Código Penal vigente autorizaba la imposición de multas por determinados comportamientos a través de este tipo de norma. Además, la Orden aplicada fue correctamente publicada y las consecuencias que se derivaban de la entrada no permitida en bases militares ubicadas en Groenlandia podían deducirse perfectamente de la norma.

El asunto **Dragotoni y Militaru-Pidhorni c. Rumanía, de 24 de mayo**, aplica esta misma jurisprudencia aunque llegando a la conclusión opuesta, esto es, que se había producido una vulneración del principio de legalidad penal por la aplicación analógica a trabajadores del sector privado del tipo penal de “corrupción”, dirigido, según el Código Penal rumano vigente en el momento en que se cometieron los hechos, únicamente a

personas que desempeñaran sus funciones en una organización pública. En este asunto, el TEDH indica que las consecuencias de su actuación no podían ser razonablemente previstas por los recurrentes, en cuanto la sentencia que les condenó fue la primera que realizó la interpretación analógica indicada. Parece entenderse que, caso de haber existido una jurisprudencia consolidada, la interpretación por analogía, habría satisfecho los requisitos exigidos por el artículo 7 CEDH.

F) Derecho al respeto de la vida privada y familiar: artículo 8 CEDH

a) El interés superior del niño como contrapeso del derecho a la vida familiar de sus progenitores

El asunto *Skugor c. Alemania*, de 10 de mayo, resuelve sobre la eventual vulneración del derecho a la vida privada y familiar del recurrente, un padre al que le fue denegado el derecho de visita respecto de sus dos hijos, por padecer una enfermedad mental que estaba perturbando gravemente el desarrollo de los mismos. El TEDH analiza si esta privación supuso una vulneración del artículo 8 CEDH, teniendo en consideración el objetivo perseguido por la medida, la gravedad de la misma y el procedimiento seguido para su adopción. A estos efectos, el TEDH subraya que la medida fue adoptada persiguiendo el interés superior de los niños, que fue una medida temporal que se impuso porque el padre se negó a seguir un tratamiento controlado por un médico que le habría permitido visitar a sus hijos, y que, finalmente, el procedimiento que llevó a la adopción de la misma permitió la participación tanto de los niños, como del padre, que pudo alegar cuanto consideró oportuno tanto en la fase oral como en la escrita.

b) Vulneración del artículo 8 por el no reconocimiento de una adopción plena declarada en otro país por la condición de soltera de la adoptante

En *Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, los recurrentes alegan un atentado a su vida familiar y la no discriminación, derivado del no reconocimiento en Luxemburgo de la decisión judicial peruana de adopción plena del segundo recurrente. El no reconocimiento se debe a que la primera recurrente es soltera y la legislación luxemburguesa reserva la adopción plena a las familias. También considera que hay vulneración del artículo 6 en la medida en que los tribunales internos no han contestado a sus argumentos fundados en el artículo 8 del CEDH.

La Corte comienza por constatar que efectivamente la argumentación de la recurrente sobre la incompatibilidad de la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia con el artículo 8 del CEDH no ha tenido ninguna respuesta en la casación, por lo que considera vulnerado el artículo 6.1 ante la omisión de toda respuesta, y en cuanto al fondo del asunto se centra en analizar si la injerencia –basada en el carácter monoparental de la familia– es necesaria en una sociedad democrática, y constata que en esta materia la situación se encuentra en un avanzado estado de armonización en Europa, ya que la adopción

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sin limitaciones está permitida a los solteros en la mayoría de los cuarenta y seis países, y que, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el hecho de que la adopción plena hubiera sido concedida en su país de origen... ha existido vulneración del artículo 8 del CEDH, tanto considerado aisladamente como con relación al artículo 14.

c) Medidas secretas de vigilancia contrarias al artículo 8 del Convenio

En el asunto **Asociación por la integración europea y los derechos humanos y Eki-mdzhev c. Bulgaria**, de 28 de junio de 2007, los recurrentes consideran que la legislación búlgara que permite la utilización de medidas secretas de vigilancia infringe los artículos 6.1, 8 y 13 del Convenio. La Corte considera que, de acuerdo a su jurisprudencia, la existencia de una legislación que permite la vigilancia secreta es, en sí misma, una interferencia desde la óptica del artículo 8, y –tras un detallado análisis de su funcionamiento y teniendo en cuenta una serie de elementos como la aparente falta de regulación con el suficiente grado de precisión para prevenir la integridad, confidencialidad y destrucción de lo obtenido, el hecho de que todo el sistema esté bajo el control del Ministerio del Interior, que decide de manera discrecional y sin ningún control independiente cuándo utilizar este sistema, y el hecho de que en ningún momento se notifica a las personas que están siendo sometidas a este tipo de vigilancia–, concluye que la ley búlgara no otorga suficientes garantías contra el riesgo de abuso inherente en este sistema y que la interferencia en el derecho no puede ser considerada “de acuerdo con la ley” por lo que se ha vulnerado el artículo 8 de la Convención, así como el 13 en la medida en que la ley no prevé ningún remedio efectivo contra el uso de estos medios de vigilancia.

d) El derecho a la vida familiar de los extranjeros cede, incluso en los casos de mayor integración, ante delitos de extrema gravedad

El recurrente del caso **Kaya contra Alemania**, resuelto por STEDH de 28 de junio de 2007, es un nacional turco nacido en Alemania en 1978, país en el que sus padres tienen residencia legal desde hace más de 30 años, teniendo él mismo residencia permanente. Ha estado en Turquía sólo dos o tres veces en su vida por vacaciones. A pesar de ello, y en atención a la gravedad de los delitos por los que es expulsado, tráfico de seres humanos, proxenetismo y varios casos de agresión, unido al hecho de que los tribunales nacionales pusieran énfasis en la excepcional brutalidad con la que ha abusado de sus víctimas, considera, por unanimidad, que no hay vulneración del artículo 8.

e) Secreto de la correspondencia y necesidad de la previsión legal del control del uso, para fines legítimos, de las conversaciones telefónicas, de los correos electrónicos y de Internet en el trabajo

El asunto **Copland contra el Reino Unido**, de 3 de abril de 2007, enjuicia un supuesto de hecho en el cual el recurrente, que trabajaba como empleado de un colegio público, vio el uso de su teléfono y correos electrónicos desde el trabajo controlado a instancias del director, y afirma el Gobierno demandado que no se hizo una revisión interna de los contenidos sino simplemente para controlar si hacía un uso excesivo de los mismos para fines personales. El asunto posee una innegable actualidad en las sociedades de nuestros

días, pero el TEDH se contenta de manera cabal con declarar, sin entrar en el fondo del asunto —una vez más en relación, claro está, con el Reino Unido—, que la interferencia en los derechos afectados carece de cobertura legal.

La Corte asevera que la recopilación de información personal sobre el uso personal del teléfono, del e-mail y del uso de Internet es una interferencia en el derecho del artículo 8 CEDH que debe estar prevista en las leyes como exige el apartado 2º de ese artículo. Como segunda afirmación general, el Tribunal “no excluye que la motorización del uso personal del teléfono, e-mail e Internet en el lugar de trabajo pueda ser considerada una medida necesaria en una sociedad democrática en ciertas situaciones y para ciertos fines legítimos (...)”, pero no es necesario pronunciarse sobre ese punto en este caso.

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

a) Obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 9 CEDH en relación con la persecución de minorías religiosas por miembros de otras creencias

En el asunto **97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de GLDANI y otros c. Georgia**, de 3 de mayo, se analiza la eventual vulneración de los artículos 3 y 9 CEDH que se habría derivado del ataque sufrido por toda una congregación de Testigos de Jehová durante la celebración de uno de sus ritos. Los miembros de esta congregación fueron brutalmente apaleados y humillados por un grupo de integristas ortodoxos, que protagonizaron posteriormente otros actos semejantes en contra de minorías religiosas. En este asunto, el TEDH aplica su jurisprudencia habitual referida al artículo 3 CEDH y aprecia que en el asunto objeto de estudio, las autoridades georgianas no impidieron el brutal comportamiento del grupo de integristas ortodoxos, a pesar de que habrían podido hacerlo porque fueron avisados de que los hechos iban a ocurrir. Tampoco procedieron a realizar una investigación efectiva de lo acaecido, limitándose a detener a uno sólo de los asaltantes, a pesar de que los hechos fueron grabados en vídeo y que en las imágenes se reconocía, perfectamente, a la mayoría de los asaltantes. En lo referido al artículo 9 CEDH, el TEDH subraya que este precepto no sólo protege la libertad de cada cual de tener sus propias convicciones, sino también el derecho a manifestarlas. Los hechos acaecidos y la inactividad de las autoridades georgianas hicieron temer a los miembros de la congregación religiosa por su seguridad e integridad en caso de recomenzar sus celebraciones. La inactividad del Estado impidió, por tanto, la libre manifestación de sus convicciones a los miembros de la congregación, vulnerando así su libertad religiosa.

b) Educación cristiana y adoctrinamiento contrario al derecho a la instrucción artículo 2 protocolo 1º. Insuficiencia de una dispensa parcial

El caso **Folgerø y otros contra Noruega**, de 29 de junio de 2007, se inicia porque un grupo de padres noruegos, que no profesan la religión cristiana, interponen un recurso

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contra la negativa de sus autoridades a otorgar una dispensa total a sus hijos para cursar una asignatura obligatoria sobre “cristianismo, religión y filosofía”.

Noruega tiene una religión estatal oficial del Estado en virtud del artículo 2 de su Constitución “la religión evangélica luterana es la religión oficial del Estado. Los habitantes del Reino que la profesen están obligados a educar a sus hijos en esa fe”. El 86% de la población pertenece a esta iglesia. La Constitución reconoce igualmente la libertad religiosa. Para ser excluido de la enseñanza de esa asignatura por no profesar la religión evangélica es preciso realizar una “petición motivada”, pero la exclusión es sólo parcial. La Corte analiza el asunto desde la óptica del artículo 2 del Protocolo 1º; el derecho a la instrucción y, en particular, el derecho de los padres de que la educación de sus hijos sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas y aplica su doctrina formulada, sobre todo en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, de 7 de diciembre de 1976, y considera que la cuestión central es determinar si el programa del curso discutido se difunde de manera objetiva, crítica y pluralista o por el contrario se trata de un adoctrinamiento que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres... y se fija especialmente en el hecho de que la enseñanza de esa asignatura tiene una vocación cristiana en cuanto “debe contribuir a dar a los alumnos una educación cristiana y moral” de manera que se establece una clara diferencia no sólo cuantitativa sino cualitativa entre la enseñanza del cristianismo y la de otras religiones y filosofías..., diferencias que no pueden ser solventadas con la posibilidad de requerir una dispensa meramente parcial (y no completa) al contenido de esa asignatura, por lo que la Gran Cámara considera, por una muy ajustada votación de nueve votos contra ocho, que ha existido vulneración del artículo 2 del protocolo 1º.

La sentencia contiene dos votos particulares: el primero, suscrito por dos jueces, uno de ellos, el magistrado español, considera que el asunto debería haber sido inadmitido por razones procesales (falta de identidad entre los recurrentes internos y los que acuden al Tribunal de Estrasburgo y litispendencia internacional); el segundo, firmado por los ocho magistrados disidentes, además de estos aspectos procesales, considera, en cuanto al fondo del asunto, que no existe vulneración del derecho, al ser el cristianismo la religión oficial en Noruega y la practicada por una amplia mayoría de ciudadanos, por lo que la dispensa parcial sería un mecanismo suficiente.

c) Falta de previsibilidad de la normativa reguladora de los cambios en el registro de asociaciones religiosas

En el asunto *Svyato-Mykhaylivska Parafina contra Ucrania*, de 14 de junio, el Estado es condenado como consecuencia de la negativa a inscribir en el Registro de asociaciones los cambios en los Estatutos de una asociación religiosa (de 23 miembros) derivados de su decisión de dejar de depender del patriarcado Ortodoxo Moscovita y pasar a aceptar el patriarcado de Kiev. El TEDH sostiene que aun estando prevista la injerencia en la ley, la redacción de ésta dejaba tal margen de actuación a las autoridades nacionales que los resultados de su aplicación no podían, en ningún caso, ser previsibles incumpliendo con ello uno de los requisitos esenciales para aceptar la limitación al derecho a la libertad religiosa.

d) La intolerancia y las arbitrariedades frente a confesiones religiosas minoritarias –protestantes– o sus miembros violan el principio de neutralidad e imparcialidad del Estado

Varios asuntos se ocupan de persecuciones estatales a comunidades religiosas minoritarias, una libertad fundamental que, por extraño que pueda parecer, se sigue violando en nuestro continente, ahora en diversos países del Este europeo miembros del Consejo de Europa como son, entre otros, Rusia y Bulgaria.

El caso de la **Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia**, de 5 de abril de 2007, estima una demanda presentada por esa entidad y admite la violación del artículo 11 del Convenio “leído a la luz del artículo 9”. Esta Iglesia minoritaria fue registrada oficialmente como asociación religiosa en Rusia en 1990. Al aprobarse una nueva ley de libertad religiosa y de conciencia en 1997, se pidió a las asociaciones inscritas que actualizaran sus estatutos de conformidad con la nueva ley para poder volver a ser registradas. La nueva ley demandaba un largo –y sospechoso– elenco de documentos y requisitos para satisfacer este trámite, estableciendo requisitos como puede ser una limitación temporal derivada de haber existido previamente al menos 15 años. El Ministerio de Justicia denegó volver a registrar a la demandante aduciendo motivos harto genéricos, lo que condujo a un largo litigio.

El TEDH valora una fuente externa al Convenio Europeo: la Resolución 1278 (2002) del Consejo de Europa sobre la nueva Ley de libertad religiosa de Rusia, adoptada el 23 de abril de 2002, donde se afirma que esta contrarreforma venía a restringir la situación creada por la ley vieja que era considerada demasiado liberal, una Ley que había suscitado reparos del propio Tribunal Constitucional ruso; y se censuran las discrepancias en su aplicación producidas en distintas entidades infraestatales de Rusia.

Y recuerda que la libertad de religión (artículo 9) es uno de los fundamentos de las sociedades democráticas según el CEDH; una libertad preciosa e indisociable del pluralismo. Y que ostenta una dimensión individual junto a otra colectiva relativa a la formación de las comunidades religiosas o iglesias que viene asimismo amparada por el artículo 11. Forma parte del orden público europeo protegido por el Convenio y de los valores de una sociedad democrática. Cualquier ejercicio de potestades estatales para protegerse de individuos y asociaciones que puedan entrañar un riesgo de invadir o menoscabar el poder del Estado debe ser construido de manera estricta y en virtud de razones necesarias e inaplazables. El Estado debe permanecer neutral e imparcial en este terreno de la conciencia y los creyentes tienen una razonable expectativa de que sus comunidades podrán funcionar pacíficamente y ajenas a arbitrariedades por parte del Estado. Al juicio de la Corte, las razones expuestas por el Ministerio de Justicia para denegar el registro por segunda vez de la asociación recurrente carecen de base legal y se advierte que las autoridades rusas “no actuaron de buena fe y fueron negligentes en su deber de neutralidad e imparcialidad” hacia las comunidades religiosas.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Existe evidente similitud con el caso **Ivanova contra Bulgaria**, de 12 de abril de 2007, donde también se denegó por las autoridades nacionales la nueva inscripción de un grupo evangelista, Palabra de Vida (“Word of life”), tras el cambio de la legislación. Esta asociación religiosa fue registrada en 1990 en Bulgaria. La Ley correspondiente se modificó en 1994 regulando de nuevo el registro de las asociaciones religiosas. Sólo 23 de 78 solicitantes consiguieron acceder al registro, y los rechazados eran mayoritariamente grupos protestantes. En este contexto discriminatorio y de persecución religiosa, el actor fue despedido de su empleo en un centro universitario público, tras la probable práctica de un acoso laboral y subempleo, alegando una reordenación de los puestos de trabajo, pero al parecer realmente por estar involucrado en actividades de ese grupo religioso.

La Corte maneja primero para comprender el asunto una fuente externa de relevancia al CEDH: los Informes Nacionales de la Comisión Europea Frente al Racismo y la Intolerancia (“ECRI”) respecto de Bulgaria, emitidos de 1997 a 1999 y que destacaban un alto grado de intolerancia hacia los grupos religiosos y discriminaciones en el ámbito de la educación; así como el informe de una ONG, “Human Rights Watch”, que detectó significativas violaciones en ese país y período respecto de las comunidades religiosas “no tradicionales”. Y, a continuación, reitera su conocida jurisprudencia sobre el artículo 9 CEDH que, entre otros extremos, incluye “el derecho a tratar de convencer al vecino, por ejemplo, mediante la enseñanza”, diríamos que el derecho al “proselitismo” sin que nadie, en cambio, pueda venir presionado por el Estado a cambiar de religión. De la aplicación de esta doctrina al caso deduce la Corte que la terminación del empleo del recurrente no fue simplemente el resultado de un justificado cambio o reorganización de los puestos de trabajo sino que tuvo que ver con su afiliación a “Word of Life”, lo que constituye una lesión del artículo 9 CEDH.

H) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH

a) La defensa del uso de la violencia, de la resistencia armada y el discurso del odio como límites a la libertad de expresión

El asunto **Emir c. Turquía**, de 3 de mayo, analiza la eventual vulneración de la libertad de expresión de un periodista turco que, tras la sangrienta intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad de este país en una serie de prisiones publica varios artículos de contenido crítico en la revista en la que trabajaba. La consecuencia de esta publicación fue el cierre del periódico durante siete días, la confiscación de todos los ejemplares de la publicación y la condena del periodista a una pena de privación de libertad de 1 año. El TEDH considera que los artículos, aunque críticos y vehementes, no propugnaban el uso de la violencia, ni la resistencia armada y menos aun podían considerarse un discurso del odio, lo que constituye el elemento esencial a tener en cuenta desde la perspectiva del CEDH, y le lleva a considerar tales medidas como no necesarias en una sociedad democrática. Igualmente, el TEDH considera que el contenido de las sanciones impuestas resulta excesivo, confirmando la vulneración del artículo 10 CEDH.

Los mismos argumentos son recogidos en el asunto **ÜSTÜN v. Turquía, de 10 de mayo**, aunque en este caso la publicación litigiosa es la edición de una biografía sobre un conocido líder y artista de la izquierda turca.

b) Libertad de expresión y difusión de las fotos del cadáver de una personalidad política asesinada: violación del derecho a la vida privada familiar

En el interesante supuesto resuelto en **Hachette Filipacchi Associes contra Francia, de 14 de junio**, se cuestiona la actuación de las autoridades francesas respecto a la publicación en la revista *Paris-Match* de la fotografía del cadáver del Prefecto de Córcega, asesinado en febrero de 1998. Ante la protesta de los familiares de la víctima, las autoridades judiciales francesas ordenaron a la revista la publicación de un texto en el que constara el disgusto y la afectación a la dignidad de la familia como consecuencia de la publicación de una fotografía de esas características. La sociedad editora recurre ante el TEDH por violación del artículo 10. EL TEDH reconoce la existencia de una injerencia, prevista en la ley (pues aunque la concreta medida adoptada no estuviera expresamente contenida en la ley es una forma típica de reparación de las lesiones a la intimidad y a la propia imagen, además, frecuentemente aplicada en el ordenamiento francés) y con una finalidad legítima (la protección de los derechos de terceros). Respecto a la necesidad de la medida en una sociedad democrática, tras recordar su jurisprudencia general sobre la cuestión, entra en el fondo del asunto destacando que su juicio ha de centrarse en si las autoridades nacionales tuvieron suficientemente en cuenta el interés general de la noticia, por una parte, y los derechos de las personas afectadas, por la otra. En tal sentido sostiene que entre los deberes y responsabilidades de los periodistas se encuentra el de respetar la vida privada de una familia que se ha visto tan duramente afectada como consecuencia del asesinato de uno de sus miembros. La publicación de una foto del cadáver aumenta sin ninguna duda el sufrimiento de tal familia, por lo que debería haberse tenido en cuenta por parte de los profesionales de la información. La necesidad de la injerencia estaba, pues, plenamente justificada. Respecto a la proporcionalidad de la medida, la obligación de publicar un comunicado de la familia no constituye una sanción desproporcionada y, además, no tiene un efecto disuasorio sobre el modo en que la revista aborda la información a sus lectores.

Dos votos particulares disienten de la aproximación de la mayoría sobre todo como consecuencia del indudable interés general de la fotografía y del efecto disuasorio que una medida de este tipo implica para la transmisión de una información que es esencial para el desarrollo de una sociedad democrática.

c) Libertad de expresión, secreto del sumario y presunción de inocencia

Por el contrario, en la sentencia **Dupuis y otros contra Francia, de 7 de junio**, el Tribunal considera desproporcionada la sanción a dos periodistas por la publicación de un libro en el que se detallaban las escuchas telefónicas a personalidades de la vida pública realizadas desde las más altas instancias de la nación (durante la presidencia de Mitterrand) y en

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

particular las declaraciones del principal imputado en este supuesto ante las autoridades judiciales. Es éste el que denuncia el libro por constituir, a su juicio, una violación del secreto del sumario y de su presunción de inocencia. Ambos periodistas, que se negaron a revelar sus fuentes, fueron condenados en las sucesivas instancias, por lo que recurren ante el TEDH quien declara el cumplimiento de los requisitos de previsión legal y fin legítimo en la limitación del derecho, pero no considera que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática. Y ello porque aún reconociendo la importancia de los límites a la libertad de expresión, en particular, el del secreto sumarial, el asunto tenía un indudable interés general y su conocimiento por los ciudadanos era esencial para la formación de una opinión pública libre. Por ello, el margen de actuación de las autoridades nacionales es muy pequeño, más cuando había transcurrido suficiente tiempo como para concluir una afectación al buen funcionamiento de la justicia o al derecho a la presunción de inocencia del afectado. Por último, recuerda el TEDH el efecto disuasorio que puede tener sobre el derecho cualquier sanción impuesta como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión.

d) Amplia libertad de expresión de los representantes e interdicción de sanciones incluso civiles

El **Caso Lombardo y otros contra Malta, de 24 de abril de 2007**, examina la queja de unos concejales de Malta contra su sanción por libelo y difamación. Los actores eran concejales elegidos en las listas de un mismo partido y uno de ellos, además, editor de un periódico. En una controversia entre el Ayuntamiento y el Gobierno sobre la construcción de una carretera, los recurrentes presentaron una moción pidiendo una consulta pública a los vecinos que fue rechazada. Y luego escribieron un artículo en la prensa sobre el asunto contestando y replicando al Alcalde. El litigio concluyó con una condena ante los tribunales por libelo y difamación, a instancias de la acción civil presentada por el Ayuntamiento, obligándoles al pago de una indemnización. Condena civil que fue conformada en apelación y ante el Tribunal Constitucional. El TEDH, en cambio, estima lesionada la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 10 CEDH, pues la misma tiene un alcance especialmente amplio cuando se refiere, como aquí, a la crítica a órganos democráticos de representantes populares.

l) Libertad de reunión y asociación: artículo 11 CEDH

a) La coincidencia entre el ideario de un partido político y de una organización terrorista no autorizan per se la disolución del partido

El asunto **Demokratik Kitle Partisi y Elçi c. Turquía, de 3 de mayo**, considera contraria al artículo 11 CEDH la disolución del partido político DKP por incluir dentro de su programa político la escisión de Turquía y la creación de un Estado turco y un Estado kurdo. El TEDH analiza si la disolución indicada puede considerarse necesaria en una sociedad democrática a la luz de su jurisprudencia *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*. En este caso, el TEDH considera que la medida no resulta necesaria en una sociedad democrática en cuanto el DKP, a pesar de coincidir en objetivos con los plasmados en el ideario de la organización terrorista PKK, no defiende la utilización de medios ilegales o

antidemocráticos para lograr esos objetivos y no persigue, tampoco, modificar el sistema imperante destruyendo los principios democráticos sobre los que se asienta.

b) Libertad de asociación y límites a los masones en la legislación regional italiana

En el asunto **Gran Oriente de Italia de Palacio Giutiniani contra Italia (núm. 2)**, de 31 de mayo de 2007, se trata de una asociación italiana de obediencia masónica que combate los límites a la libertad de asociación impuestos por la ley regional adoptada en Friuli Venecia Julia que establece la necesidad de que los candidatos a ocupar determinados puestos regionales declaren, en su caso, su pertenencia a una asociación de obediencia masónica. El asunto es continuación del planteado por el mismo recurrente y resuelto contra una Ley de las Marcas, por el Tribunal, el 2 de agosto de 2001, y como en el caso anterior, declara que existe vulneración del artículo 14 combinado con el derecho de asociación del artículo 11.

c) La participación electoral como criterio de distinción entre partidos y asociaciones

En el asunto **Zhechev contra Bulgaria**, de 21 de junio de 2007, el Tribunal analiza la no inscripción de una asociación de tendencia monárquica que tiene entre sus objetivos la restauración de la Constitución de 1878. El rechazo se debe, de acuerdo a los tribunales internos, a que bajo la apariencia externa de una asociación cultural, se pretende constituir un partido político, cuyas finalidades son contrarias a la Constitución búlgara.

El Tribunal comienza por analizar la incompatibilidad entre los estatutos de la asociación y la Constitución y considera, por una parte, que no existe ninguna indicación de que la asociación fuera a utilizar medios violentos o antidemocráticos para conseguir sus objetivos y, por otra, que no parece que la asociación fuera a tener ninguna oportunidad real de llevar a cabo esos cambios, dada su muy escasa influencia en el panorama político (aplicando, en sentido contrario, la doctrina de la Sentencia del Partido de la Prosperidad). Por último se detiene en si es necesario en una sociedad democrática prohibir asociaciones por su finalidad política a no ser que se inscriban como partidos políticos, y considera que no es así en la medida en que las Asociaciones no pueden participar en los procesos electorales. Se liga por tanto a la competición electoral la forma de partido político y puede constituirse una asociación política que no pretenda participar en las elecciones. Por todo ello considera, por unanimidad, que se ha vulnerado el artículo 11 del Convenio.

d) Límites a la financiación de partidos políticos por partidos extranjeros. Rama francesa del PNV

En el asunto **Partí Nationaliste Basque—Organisation Regionale D’Iparralde contra Francia**, de 7 de junio, el Tribunal ha de resolver un recurso presentado por el partido precitado. Éste, según sus Estatutos, es una rama regional del PNV español con el que comparte su ideología y su comportamiento político. La citada organización solicita su

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

inscripción como asociación para acceder, requisito necesario según la legislación francesa relativa a la transparencia en la vida política, a la financiación pública prevista para los partidos políticos. Esta solicitud es denegada por las autoridades francesas en virtud de que la mayoría de los recursos financieros del partido procedían del PNV radicado en España y la ley francesa prohíbe la financiación de un partido político por una entidad jurídica extranjera. El TEDH avala la conformidad con la Convención de la actuación de las autoridades francesas en cuanto la injerencia estaba prevista en la ley (en el artículo 11 de la citada ley sobre transparencia en la vida política), perseguía un fin legítimo (la defensa del orden institucional francés prohibiendo la interferencia en el ejercicio de sus derechos políticos a partidos y asociaciones extranjeras) y necesaria en una sociedad democrática. Es en este punto donde más se detiene el Tribunal, pues recuerda su jurisprudencia anterior en la que destacaba el poco margen de apreciación nacional reconocido en el caso de las restricciones a la actuación de partidos políticos. En primer lugar, se apoya en los trabajos de la Comisión de Venecia para entender que la interdicción de la financiación de los partidos políticos por Estados extranjeros es necesaria para la preservación de la soberanía nacional. Igualmente recuerda que la propia Comisión ha recomendado que los Estados regulen el régimen jurídico (limitando o prohibiendo) las donaciones realizadas a los partidos políticos por asociaciones o sujetos extranjeros, por lo que, concluye el Tribunal, también resulta legítima la prohibición cuando se dirige contra partidos políticos extranjeros. Frente al argumento de que la prohibición no tiene sentido en el marco de dos Estados pertenecientes a la Unión Europea, el TEDH renuncia, por no ser objeto de su competencia, a enjuiciar la conformidad de la medida con la libre circulación de capitales prevista en el Derecho comunitario y sostiene que la imbricación (jurídica y política) entre los Estados miembros de la Unión Europea ha de ser un factor digno de ser tenido en cuenta, pero que la decisión de excluir la financiación de los partidos políticos franceses por partidos políticos extranjeros es una “elección eminentemente política” realizada por el legislador francés dentro del margen de apreciación residual que le corresponde en el marco del artículo 11 CEDH (opinión de la que disiente uno de los magistrados en su voto particular). Por último, respecto a la proporcionalidad estricta de la medida adoptada, el TEDH considera que no hay desproporción en tanto que no impide la realización de sus actividades y que no se excluyen otras formas de financiación a través de otros medios.

J) Derecho a un recurso efectivo (artículo 13)

a) El derecho de reunión y manifestación pública (artículo 11 CEDH) incluye el derecho a un recurso efectivo frente a las prohibiciones, es decir, a una decisión revisora en tiempo

El caso **Zeleni Balkani contra Bulgaria**, de 12 de abril de 2007, analiza una violación del derecho de reunión (artículo 11 CEDH). Un Municipio de ese país comenzó con unas obras en la ribera del río que tenían un impacto ambiental al erradicar árboles y plantas y el entorno de ciertas aves en peligro. La organización actora inició acciones en su contra e informó al Ayuntamiento de su voluntad de organizar una manifestación pública frente al Municipio para protestar. Pero la entidad local no la autorizó al tiempo que la policía

visitó a los promotores. Los actores recurrieron la prohibición y un Tribunal Regional la declaró nula por violar la ley de relevancia para los hechos, así como reconoció que la decisión carecía de cobertura legal. De nuevo ahora la asociación actora invocaba en el amparo europeo su derecho de reunión pacífica.

La Corte rechaza primero el alegato del Gobierno demandado, quien aducía que los actores hubieran podido manifestarse cualquier otro día y se contenta con señalar, en coincidencia con el tribunal nacional, que la decisión municipal violó el artículo 11 CEDH al no estar prevista en la ley. Más interés general tiene señalar que asimismo estima violado el artículo 13 CEDH “en conjunción con el artículo 11”, puesto que no hubo un recurso efectivo frente a la violación del derecho, toda vez que la decisión judicial del recurso recayó casi un año después, cuando la necesidad de tal manifestación ya no existía por haber concluido las obras discutidas y no resulta clara la responsabilidad del Estado por daños. En suma, el derecho de reunión incluye entre sus garantías el derecho a un recurso efectivo que a su vez reclama la revisión en tiempo de la decisión de prohibición de una manifestación.

b) Necesidad de un recurso con efectos suspensivos del rechazo frente a solicitudes de derecho de asilo en frontera

Es relevante, por la importante materia de que se ocupa, el caso **Gebremedhin (Gaberama-dhien) v. Francia, de 26 de abril de 2007**, que enjuicia el recurso de un eritreo, nacional de Etiopía, que tuvo que exiliarse por actuar como defensor de la prensa libre e independiente en Eritrea, tras recibir en su país diversas detenciones policiales arbitrarias, malos tratos y encarcelamiento. A la vista de esta persecución política y del serio riesgo de tratos inhumanos y degradantes, huyó a Sudán y luego a Sudáfrica, llegando finalmente al aeropuerto francés de Charles de Gaulle, donde el recurrente aducía que se le mantuvo detenido en zona internacional dos días, impidiéndosele presentar una demanda de asilo en frontera. El actor alegaba la ausencia de un recurso efectivo con efectos suspensivos contra la decisión de rechazo de la admisión en el territorio francés de un solicitante de asilo e invocaba los artículos 13 y 3 CEDH; unos hechos cuya veracidad negaba el Gobierno francés.

El TEDH estima la demanda, entiende violados tales derechos y concede una indemnización como satisfacción equitativa de 8.300 euros. La Corte valora en el caso ciertas fuentes externas al Convenio Europeo como parámetro de decisión, pero internas al Consejo de Europa, todas ellas coincidentes en la comprensión de la garantía que la Corte expresa y enuncia. El Tribunal razona que el artículo 13 exige la existencia de un recurso efectivo frente a las decisiones de expulsión en el derecho interno. Pero la real efectividad de ese recurso depende de la naturaleza de cada derecho que, en este caso, demanda un efecto suspensivo y un recurso en un plazo razonable, dada la naturaleza irreversible del daño producido por los malos tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH y la importancia de esta garantía absoluta para personas expuestas a ese serio riesgo, de ser devueltas a su país de origen. Pero en Francia la presentación de una demanda de asilo debe hacerse en territorio francés y no en la frontera, debiendo permanecer en una zona de espera durante el

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tiempo necesario para examinar si su demanda está “manifiestamente infundada”. Existe empero una tendencia o práctica administrativa conducente a rechazar ampliamente las demandas, sustituyendo valoraciones judiciales ulteriores sobre el fondo y privando de garantías a los solicitantes. Después de la Ley de 2000, los solicitantes pueden pedir al juez administrativo una medida cautelar (*référé-suspension* o *référé-injection*). El juez del *référé* debe dictar una decisión en 48 horas tras tramitar un procedimiento contradictorio y con audiencia del interesado. Pero la presentación de esta acción no tiene efectos suspensivos de pleno derecho. El Gobierno demandado sostiene que los tiene de hecho o en la práctica. Mas la Corte no estima bastantes estas razones y concluye que no habiendo acceso, en la zona de espera en frontera, al derecho a un recurso efectivo de carácter suspensivo de la devolución existe una violación de los dos derechos enunciados del Convenio Europeo.

K) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º). Es desproporcionada la revocación del mandato parlamentario como consecuencia automática y accesoria de la disolución de un partido por actividades contrarias a la Constitución

El caso *Kavakci contra Turquía*, de 15 de abril de 2007, enjuicia una demanda sobre revocación del mandato parlamentario del recurrente al tiempo que se dicta la disolución de un partido político y estima violada la garantía dispuesta en el artículo 3 del Protocolo 1 sobre el derecho al sufragio pasivo. El actor era miembro del Partido *Fazilet* y diputado en la Asamblea Nacional de Turquía. El Ministerio Fiscal pidió al Tribunal Constitucional de su país en 1999 la disolución de dicho partido islamista por actividades contrarias al principio de laicidad y por suponer la continuidad del partido de la Prosperidad (*Refah Partisi*), a la par que declarase la revocación de su mandato parlamentario —y el de otros— y la prohibición de ser miembro fundador de cualquier partido por un período de cinco años. En el año 2001, el Tribunal Constitucional pronunció la disolución del *Fazilet* por la violación del principio de laicidad y como medida accesoria de la principal decidió privar o revocar a cinco diputados de su mandato parlamentario en aplicación del artículo 84 de la Constitución y de otros concordantes.

El TEDH recuerda que el artículo 3 del Protocolo 1º garantiza el derecho a acceder como candidato a las elecciones y, una vez elegido, a permanecer en el cargo, ejerciendo el mandato, siendo limitado el margen de apreciación nacional que los Estados miembros poseen en esta materia para no reducir la eficacia del derecho de voto o de la libertad de expresión, pues “la limitación de los derechos políticos es una sanción grave” (caso *Selim Sadak*). En consecuencia, concluye el TEDH de manera algo apodíctica, pero no por ello menos cabal, que la sanción infligida al recurrente no es proporcionada a los fines legítimos perseguidos por esta medida accesoria, que no distingue entre los “diferentes grados de implicación” de los miembros del partido en las actuaciones consideradas ilegítimas. La Corte, no obstante, “aprecia con interés” y valora las recientes reformas del artículo 69.6 de la Constitución y del párrafo 7º que introducen medidas menos restrictivas de los derechos políticos de los individuos, cuales son la posibilidad de privar de ayudas públicas a los partidos que violen intensamente la prohibición de realizar actividades contrarias a la Constitución según las actuaciones de sus miembros, dirigentes y órganos del partido. Semejantes son los casos *Silay e Ilicak, ambos contra Turquía* y de 5 de abril de 2007.

L) Artículo 34. El objeto del litigio se centra en la demanda y no puede ser ampliado en trámite de alegaciones a otros derechos, modificando las causas de admisión de la queja

El caso **Dumitru Popescu contra Rumanía**, de 26 de abril de 2007, analiza un supuesto de hecho donde el recurrente fue detenido por la policía por participar en una operación de contrabando de tabaco por avión desde Ucrania, imputándosele un delito de contrabando y de asociación de malhechores, siendo encarcelado. El actor se dirigió al TEDH invocando en la demanda sus derechos comprendidos en el artículo 8 del CEDH, secreto de la correspondencia, pero, en trámite de alegaciones, intentó modificar el objeto del litigio de forma sobrevenida a la demanda, aduciendo también que fue juzgado por la jurisdicción militar y no por la jurisdicción ordinaria.

La Corte razona en una observación previa que el objeto del litigio sobre el fondo del asunto se encuentra delimitado por la decisión de admisión y no puede ser modificado posteriormente, careciendo de competencia la Corte para conocer de quejas declaradas irrevisables (casos **Lamanna contra Austria** y **Thlimmenos contra Grecia**).

M) Casos contra España. Condena por falta de congruencia en la actuación del Tribunal Supremo

En la decisión **SALT Hiper, SA contra España**, de 7 de junio, el TEDH condena a nuestro país como consecuencia de una infracción del artículo 6.1 al apreciar una incongruencia en la actuación del Tribunal Supremo al declarar en un recurso de queja la receptibilidad de un recurso de casación (en contra de la decisión del TSJ de Cataluña declarando la inadmisibilidad de la preparación del citado recurso de casación) y, más de cinco años después, sin explicar los motivos de su cambio de posición, la inadmisión del recurso aplicando el criterio que previamente había rechazado en el citado recurso de queja.

En **Murillo Espinosa contra España**, de 7 de junio, la recurrente entiende que la muerte de su hijo (oficialmente debida a un suicidio) no había sido suficientemente investigada por las autoridades españolas violando con ello el artículo 2 del Convenio. El TEDH, por el contrario, considera que la investigación fue exhaustiva, imparcial y suficientemente profunda como para considerarla suficiente y no lesiva del CEDH.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**A) Derecho a la no discriminación: efectos civiles del matrimonio realizado conforme a los usos y costumbres gitanos (artículo 14 CE)**

La **STC 69/2007**, de 16 de abril, Sala Primera, estudia si ha habido discriminación por razones étnicas y de origen social al haber visto denegada la recurrente, de etnia gitana, la prestación de viudedad que solicitaba por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante dado que estaba casada exclusivamente por el rito gitano.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Tomando como punto de partida la STC 184/1990, de 15 de noviembre, el Tribunal Constitucional explica que el legislador dispone de amplio margen de configuración del sistema de Seguridad Social, permitiéndosele bien la limitación de la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como matrimonio, excluyendo otras uniones o formas de convivencia o bien la extensión de dicha prestación a otras uniones diferentes.

No habiendo sido reconocida por el legislador la forma gitana como válida para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio el hecho de la denegación de la prestación por no constar la existencia de vínculo matrimonial. Por otra parte, la pretensión de la recurrente de que se equipare su unión con el vínculo matrimonial a los efectos de la prestación de viudedad y no a otras uniones *more uxorio* supone la invocación de una “discriminación por indeferenciación”, es decir, la reivindicación de un derecho a la desigualdad de trato, que no está incluida en el artículo 14 CE.

Termina el Tribunal apelando a la posibilidad de que el legislador regule, en atención a las singularidades de la etnia gitana, las condiciones materiales y formales conforme a las cuales el rito gitano pueda contar con plenos efectos civiles.

Esta sentencia cuenta con Voto Particular del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, que considera que la protección de las minorías étnicas implica la adopción de medidas de discriminación positiva a favor de las desfavorecidas. Le resulta desproporcionado que el Estado haya tenido en cuenta a la familia gitana en cuestión al otorgarles libro de familia, reconocimiento de la familia numerosa y asistencia sanitaria y quiera desconocer, en materia de pensión de viudedad, que el matrimonio resulta válido.

B) Reiteración de la doctrina confirmando la legitimidad constitucional de la certificación de idoneidad eclesiástica para profesores de religión católica (artículo 16 CE)

La STC 80/2007, 19 de abril, y otras más (SSTC 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, todas de 19 de abril) reiteran la doctrina sentada en la STC 38/2007 que ya comentamos en el número anterior de *Justicia Administrativa*. Es el mismo tribunal de entonces el cuestionante en todos los casos citados (TSJ de Canarias) y sólo añade la posible lesión de la libertad de expresión y del derecho de huelga pero sin argumentar, así que el TC se limita a remitirse a los argumentos expresados en la citada STC 38/2007.

Por su parte la STC 128/2007, de 4 de junio, Sala Segunda, reitera esta misma doctrina pero al resolver un recurso de amparo, interpuesto por un profesor de religión católica, sacerdote secularizado, al que no se renovó su contrato tras hacerse público (lo que le vedaba la dispensa eclesial que le autorizó a casarse) que había contraído matrimonio civil y había tenido hijos. Además manifestó opiniones sobre temas polémicos de forma abiertamente contraria a la ortodoxia católica. Para el TC corresponde a las autoridades eclesiásticas, en virtud del derecho a la libertad religiosa y del principio de neutralidad del Estado, la definición del propio credo así como el concreto juicio de idoneidad sobre las personas que van a enseñarlo. Reiterando la doctrina expuesta en la STC 38/2007 no

hay, a juicio del TC, vulneración de ninguno de los derechos invocados por el recurrente [artículos 16.1 y 20.1.a) CE]. Se desestima el amparo.

El voto particular, de la presidenta del TC y del magistrado don Pascual Sala, discrepa de la mayoría y considera que debió estimarse el amparo, pues el recurrente fue autorizado por la propia Iglesia para contraer matrimonio y la imposición, en la dispensa que le autorizaba, de mantenerlo secreto no resiste un elemental juicio de constitucionalidad. El hecho de haberse casado no fue, mientras se mantuvo clandestino, motivo para denegar antes la idoneidad. La obligación de secreto es manifiestamente inconstitucional.

C) Derecho a la propia imagen: artículo 18 CE. La difusión de la imagen de una policía en un desalojo no vulnera el derecho a la propia imagen en cuanto resulta encuadrable en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982

La STC 72/2007, de 16 de abril, recoge un curioso supuesto de colisión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información, en el que se plantea si la difusión en primer plano de la imagen de una policía en el transcurso de un desalojo forzoso determinando a uno de los desalojados vulnera su derecho a la propia imagen. El TC, siguiendo la sentencia del TS, considera que, en el caso objeto de estudio no se produjo tal violación en cuanto la policía desempeñaba un cargo público, su fotografía fue tomada en un acto público y en un lugar público [artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982]. Además, destaca el TC, la información era veraz y de interés público y no concurría ninguna circunstancia relacionada con la seguridad que impusiera la obligación de ocultar el rostro de la recurrente. Por todas estas razones, el TC considera que no procede considerar vulnerado el derecho de la recurrente, que sí considera vulnerado, sin embargo, el Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel, que formula un voto particular poniendo en entredicho la proporcionalidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen de la recurrente, protagonista casi única de la imagen, publicada con notables dimensiones en la carátula del medio. El magistrado pone de manifiesto que la información del público sobre la noticia podía haberse logrado, sin duda, con una imagen que no permitiera identificar tan claramente a la recurrente y que, por ello, la intromisión en el derecho no podía considerarse proporcionada al fin perseguido.

D) Libertad de expresión e información [artículo 20.1.a) y d) CE]

a) Reportaje neutral y medios audiovisuales: El especial deber de diligencia de los periodistas que desarrollan una labor en estos medios

La STC 139/2007, de 4 de junio, recoge un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Los hechos sobre los que versa el asunto son los siguientes: Las hermanas de una mujer desaparecida acuden al conocido programa ¿Quién sabe dónde?, presentado por Francisco Lobatón y emitido en marzo de 1995,

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

para denunciar que detrás de la desaparición de su hermana estaba su ex marido, que la habría asesinado para quedarse con uno de los bienes familiares. El presunto asesino y los hijos del matrimonio entienden que el reportaje realizado y las entrevistas efectuadas a las hermanas habrían vulnerado su derecho al honor y que esa vulneración habría sido causada tanto por las propias hermanas de la desaparecida como por el presentador del programa, por su intervención durante la exposición del relato de las hermanas.

En lo que se refiere a la primera cuestión, el TC entiende que la libertad de información de las hermanas debería prevalecer sobre el derecho al honor de los recurrentes en caso de que el hecho fuera noticiable y la información veraz. Sin embargo, la conclusión será negativa, en cuanto las hermanas no actuaron diligentemente en la comprobación de la noticia y a sabiendas de que las numerosas diligencias judiciales y policiales abiertas sobre el asunto habían sido sobreesididas, afirmaron la culpabilidad del recurrente. Y en lo referido ya a la libertad de información del medio televisivo, el TC subraya que esa libertad habría prevalecido en caso de que el programa de televisión se hubiera limitado a realizar un reportaje neutral. Sin embargo, el medio no se limitó a ser mero trasmisor de la noticia, sino que la reelaboró claramente, realizando numerosas preguntas a las declarantes y emitiendo un reportaje que inducía claramente a pensar en la culpabilidad del recurrente y ello, además, en hora punta de audiencia. EL TC recuerda que los deberes y responsabilidades de los periodistas se acrecientan en los medios audiovisuales debido a la inmediatez y el poder de penetración que tienen estos medios.

b) Crítica de un periodista a su propia empresa editora

STC 125/2007, de 21 de mayo, Sala Primera. El recurrente, un redactor del periódico *El Mundo*, participaba desde hacía cuatro años en una tertulia (“La mirada crítica”) emitida por la cadena televisiva Tele 5, a pesar de que, en su periódico, cobraba un complemento de exclusividad. Su caso no era excepcional pues otros periodistas del citado diario participaban igualmente, también a título personal, en otras tertulias. El recurrente criticó en Tele 5 el comportamiento de la empresa editora de su periódico durante la huelga general que tuvo lugar el 20 de junio de 2002. Tras ello, la empresa editora decidió examinar la participación de sus periodistas en otros medios y someterla a previa autorización, denegándosela al ahora recurrente. En primera instancia la autoridad judicial le dio la razón, pero la Sala de lo Social del TSJ de Madrid revocó la sentencia de instancia limitándose a comprobar la cobertura legal de la acción empresarial, sin valorar –le reprocha el TC– el panorama indiciario que conduce a considerar que tal comportamiento empresarial, fue discriminatorio con el recurrente pues otros periodistas del periódico con el mismo régimen de exclusividad fueron autorizados a seguir participando en esa misma tertulia o en tertulias de otros medios y la denegación de autorización al periodista tuvo lugar apenas unos días después de su intervención crítica en la tertulia mencionada. La empresa no ha despejado la apariencia discriminatoria, pues la firma del pacto de exclusividad no bastaría para ello (ya que otros compañeros del recurrente también lo habían firmado y no sufrieron este tipo de consecuencias), y ello conduce a la estimación del amparo por lesión del derecho a la libertad de expresión.

E) Sucesión de Batasuna en candidaturas electorales, bien de un partido político, bien de agrupaciones de electores (artículos 6, 23 y 24 CE)

El Auto de 5 de mayo de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo declaró la nulidad de los actos de proclamación de 133 candidaturas de Acción Nacionalista Vasca por considerar que habían sido instrumentalizadas por los partidos disueltos en 2003 con el objeto de continuar ejerciendo su actividad política. La **STC 112/2007, de 10 de mayo**, Sala Primera, resuelve el recurso de amparo promovido por el partido político en cuestión, que alega vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la participación en los asuntos públicos (artículo 23 CE en relación con el artículo 6).

El partido sustenta la primera de las vulneraciones aducidas en que la decisión del Tribunal Supremo de tramitar las demandas del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal por el cauce procesal del artículo 12.3 LOPP en vez de por la vía del recurso contencioso-electoral contemplado en el artículo 49 LOREG es una decisión errónea y arbitraria. La intención inicial del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado fue incoar un recurso contencioso-electoral contra la proclamación de algunas candidaturas de ANV. Sin embargo, la Sala Especial constató que el artículo 49 LOREG que regula dicho recurso no otorga legitimación al Gobierno ni al Ministerio Público sino respecto de la impugnación de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores que continúan o suceden en la actividad a un partido disuelto ni regula la impugnación de la proclamación de candidaturas cuando es un partido político el que incurre en tal actividad sucesoria. No obstante, el Tribunal Supremo estableció que el cauce que debía seguir el proceso para evitar la defraudación de los efectos de la ilegalización era el contenido en el artículo 12.3 LOPP: la ejecución de sentencia de disolución de Batasuna. Este trámite sería coherente con el principio de que la ejecución corresponde al Tribunal que conoció del asunto en primera instancia y, para iniciar el mismo, estarían legitimados tanto Ministerio Fiscal como Gobierno. En sede de amparo, el Tribunal Constitucional convalida la opción seguida por el Tribunal a quo: jueces y Tribunales pueden actuar de oficio para asegurarse de que queda válidamente constituida la relación jurídico-procesal y, por tanto, pueden adecuar el procedimiento a las pretensiones que se ejercitan. El único límite es la pretensión de los actores, pero sólo respecto del *petitum* y de la *causa petendi*. La fundamentación jurídica que realicen las partes para fundar sus pretensiones fácticas no vincula al juzgador. La selección, interpretación y aplicación al caso concreto de las normas procesales es una cuestión de legalidad ordinaria que no puede revisarse por el Tribunal Constitucional a no ser que se produzca indefensión material, lo que no fue el caso, pues se fijó una audiencia a las partes antes de la transformación del recurso contencioso-electoral interesado por los actores en un proceso de ejecución de sentencia.

Frente a la queja de ANV de que se había alterado el orden jurisdiccional pasando del contencioso-administrativo (recurso contencioso-electoral) al civil (ejecución de sentencia de ilegalización), interesándose un acto de naturaleza administrativa ajeno a tal orden civil, el TC considera que no hay ninguna lesión de derechos del partido, pues la Sala del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

artículo 61 LOPJ puede anular actos administrativos cuando éstos sirvan de cobertura a una maniobra fraudulenta de continuación o sucesión de un partido disuelto, ya que sólo el acto de proclamación de candidaturas tendrá, en este caso, la eficacia jurídica para permitir la continuidad del partido disuelto.

En segundo, y último, lugar, comprueba el Tribunal Constitucional que la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo de que las candidaturas anuladas han sido instrumentalizadas por los partidos políticos ilegalizados no lesiona el derecho a la participación en los asuntos públicos. Para el Alto Tribunal, nos encontramos ante una estrategia de los partidos disueltos que han procurado hacerse con la estructura de ANV de manera gradual, instrumentalizando alguna de sus candidaturas hasta el extremo de dotarles de una autonomía frente al partido al que formalmente pertenecen, constituyendo un partido *de facto*. Dado que Batasuna no se ha hecho con el control del conjunto del partido, promover la disolución de ANV hubiera sido desproporcionado. Buscar la ilegalización del partido *de facto* mediante la anulación de las candidaturas impugnadas, por el contrario, es la solución más conforme con el proceso de ejecución acordado en el procedimiento de ilegalización.

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta una serie de indicios que ponían de manifiesto la instrumentalización de las candidaturas en provecho propio. Parte de la evolución de la estrategia de los partidos ilegalizados, que dará la perspectiva adecuada para valorar los hechos, y de la evolución del partido en cuestión, que revela una estrecha relación de éste con los ilegalizados. La instrumentalización del proceso de gestación de candidaturas se acreditó mediante documentos en posesión del coordinador de la “mesa de Navarra” de Batasuna y de documentación incautada a un dirigente de ETA, que permitían inferir la opción del movimiento aberzale más radical por una vía legal para acudir a las urnas, a través de las candidaturas de ANV. La plasmación de tal estrategia en las concretas candidaturas que han sido efectivamente anuladas se hizo tomando en cuenta, como datos relevantes, la concurrencia electoral en partidos ilegalizados y agrupaciones de electores cuyas candidaturas fueron anuladas; la pertenencia a los órganos directivos de partidos ilegalizados o la participación electoral como interventor o apoderado. Afirmó el Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional permite la anulación de las listas que presenten un porcentaje de candidatos relacionados con los partidos ilegalizados igual o superior al 20%, cuando su ubicación lo sea en puestos relevantes.

El Tribunal Constitucional, por su parte, convalida la actividad probatoria que ha realizado el Tribunal Supremo, respetuosa con el derecho fundamental de participación política dado que tenía como objeto confirmar, de manera individualizada en cada candidatura, la utilización de la misma por parte de Batasuna, congruentemente con la doctrina establecida en sus SSTC 85/2003, 176/2003, 99/2004 y 68/2005 sobre agrupaciones de electores y continuidad de partidos políticos.

Por otro lado, la **Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 5 de mayo**, anuló en aplicación del artículo 44.4 LOREG los actos de proclamación de las candidaturas de diversas agrupaciones de electores a las elecciones municipales, forales y autonómicas de mayo de 2007. La **STC 110/2007, de 10 de mayo**, Sala Prime-

ra, tiene por objeto hacer un análisis conjunto de los 24 recursos de amparo deducidos contra dicha sentencia para verificar si se ha producido alguna lesión de relevancia constitucional.

Dado que esta sentencia reitera la jurisprudencia constitucional dictada en sentencias anteriores (SSTC 85/2003, 176/2003, 99/2004 y 68/2005) reseñadas en números precedentes de esta revista, destacamos, simplemente, que los elementos indiciarios de carácter objetivo han tenido, esta vez, una singular relevancia. En concreto, particularmente relevantes han sido tanto la denominación común de todas estas organizaciones (Aberzale Sozialistak + el nombre de la localidad donde se han constituido), como la utilización gráfica del símbolo de Batasuna (estrella roja de cinco puntas redondeadas con otra estrella blanca en su interior) y las declaraciones efectuadas por significativos dirigentes de los partidos disueltos que ponían de manifiesto el protagonismo activo de los partidos en la promoción de las agrupaciones de electores, así como el propósito de permanencia de dichas agrupaciones, ajeno a la finalidad de la figura. El Tribunal Constitucional considera que los elementos objetivos apreciados han sido suficientes para fundamentar la decisión judicial, examinados conjunta, razonable y no arbitrariamente.

F) La aplicación inmediata, una vez iniciada la legislatura, de una reforma reglamentaria que priva de derechos básicos de la función representativa a parlamentarios es contraria al derecho del artículo 23.2 CE

En la STC 141/2007, de 18 de junio, Sala Primera, el TC considera, con relación a la reforma de un Reglamento parlamentario autonómico a la que por resoluciones de la Cámara se da aplicación inmediata, con la legislatura ya avanzada, que dichas disposiciones afectan a las facultades de los recurrentes para crear grupo parlamentario propio y participar en los debates de la Cámara, con disolución sobrevenida de su grupo entre otras cosas. A partir de ahí, aprecia el Tribunal que la restricción de los derechos en juego carece de específica cobertura legal o reglamentaria, pues, en ausencia de disposiciones relativas a la aplicación transitoria del nuevo Reglamento de la Cámara, los acuerdos cuestionados optaron por la interpretación más lesiva de los derechos a constituir grupo parlamentario y participar en los debates parlamentarios, alterando las normas que hasta el momento regían su ejercicio. En estas condiciones, la interpretación que aplica de manera inmediata, y una vez iniciada la legislatura, las nuevas disposiciones, resulta lesiva del derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 CE, pues viene a privar ilegítimamente a los parlamentarios de los derechos básicos que integran la esencia de su función representativa y las facultades de autodeterminación organizativa de las Cámaras legislativas encuentran su límite precisamente en el respeto a los derechos de los parlamentarios, por lo que se otorga el amparo y se anulan las resoluciones parlamentarias lesivas de tales derechos.

G) No es inconstitucional exigir vehículo propio a repartidores de Correos (artículo 23.2 CE)

STC 78/2007, de 16 de abril, Sala Primera. Los recurrentes en amparo, empleados del organismo autónomo Correos y Telégrafos, consideran lesivo de sus derechos re-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

conocidos en los artículos 23.2 y 14 CE el que no se les exonere de aportar su propia motocicleta para ejercer como empleados de reparto del correo en zona rural, lo que sí acontece con los repartidores urbanos a los que el organismo provee de vehículo. La exigencia de aportar vehículo propio no fue condición para acceder al puesto de carrera ganado por los recurrentes sino condición de prestación de un determinado servicio al que solicitaron adscribirse, sin impugnar, en su momento, la descripción del puesto de trabajo. No es la jurisdicción constitucional, sostiene el TC, lugar para enjuiciar si la compensación económica que reciben los repartidores rurales es adecuada o no. Se desestima el amparo.

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

a) La denegación de revisión de condena penal firme en virtud de sentencia condenatoria para España del TEDH no vulnera la presunción de inocencia si hay otras pruebas independientes y previas que permiten enervar dicha presunción. No necesidad de nuevo enjuiciamiento global en la revisión

El caso que se aborda en la **STC 70/2007, de 16 de abril**, Sala Primera, tiene interés por hacer referencia nuevamente a la cuestión de la revisión de las sentencias firmes a partir de una condena del Tribunal Europeo de Estrasburgo, problemática que se plantea con singular intensidad en el ámbito penal, como el caso que se analiza en esta Sentencia. Se trata de un asunto en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia de 18 de febrero de 2003, descartando otras violaciones de derechos fundamentales mediante previa inadmisión a trámite de las quejas, sí había apreciado vulneración del derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) de un ciudadano, condenado a una pena de 20 años de prisión por tráfico de drogas y falsedad documental, y ello por haberse fundado la condena penal del mismo en intervenciones telefónicas contrarias a tal derecho al no estar amparadas por una normativa que cumpla el requisito de la previsibilidad, ya que si bien los defectos de previsibilidad del artículo 579 LECrim, incluso tras su última reforma, han sido paliados en gran parte por la jurisprudencia, ello fue posterior a los Autos del juez instructor de este caso que ordenaba las intervenciones telefónicas, por lo que no puede tomarse en consideración. Previamente, el Tribunal Constitucional había desestimado la demanda de amparo del condenado por STC 236/1999, apreciando que las intervenciones telefónicas respetaban las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad.

Tras la condena a España del Tribunal de Estrasburgo, el afectado interpone recurso contra la sentencia condenatoria ante el Tribunal Supremo, que éste consideró como un recurso de revisión, y al mismo tiempo un amparo ante el Tribunal Constitucional, que éste, pese a la admisión inicial a trámite, inadmite ahora mediante la STC que comentamos por ser una demanda prematura, aunque sí entra, en cambio, en el fondo de otro recurso de amparo que el condenado interpuso frente al Auto del Tribunal Supremo de no autorizar la interposición del recurso de revisión mencionado, tras un fallido incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo, que también se recurre en amparo. En cuanto a la queja relativa al hecho de que el Tribunal Supremo no se limitó a eliminar las prue-

bas reputadas ilegítimas según la Sentencia de Estrasburgo condenatoria para España y remitir luego la causa al órgano jurisdiccional que en su día practicó y valoró todas las pruebas, como prevé el artículo 958.3 LECrim, sino que, excluidas las pruebas legítimas, realizó él mismo una valoración de las restantes pruebas legítimas, el TC considera que el artículo 958.3 LECrim se refiere al caso del artículo 954.3 LECrim (revisión por falsedad de documento), cuando la revisión en este caso era la del artículo 954.4 LECrim (nuevos hechos o pruebas que evidencien la inocencia del acusado). Se estima, así, que no se ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues la interpretación del Tribunal Supremo de su competencia para realizar él mismo la revisión valorativa de la prueba no es manifiestamente errónea, irrazonable ni arbitraria.

También descarta el TC vulneración de las garantías de inmediación y contradicción por proceder en su labor revisora a una valoración de las pruebas en su día practicadas sin haber presenciado su práctica partiendo de nuevo de la inocencia del acusado. Esto no lo exige la legislación vigente ni la Constitución impone ese nuevo enjuiciamiento global, sino que basta con una revisión de lo ya enjuiciado para comprobar, en lo que aquí atañe, si a la luz de la disminución de las pruebas de cargo, a partir de las pruebas restantes en su día practicadas y valoradas con todas las garantías por el órgano de enjuiciamiento, y a partir del modo en el que dicho órgano infirió el relato de hechos probados de signo inculpatario, debe seguirse entendiendo desvirtuada la presunción de inocencia, esto es, debe seguirse entendiendo la culpabilidad del condenado más allá de toda duda razonable, lo que es una operación de relevante analogía con la que se practica en casación o en amparo en respuesta a la invocación del derecho a la presunción de inocencia. Por ello, “al no concurrir una nueva valoración de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia no eran exigibles las garantías de inmediación y contradicción que ahora reclama el recurrente y debe por ello desestimarse esta queja de la demanda”.

El TC descarta también la quiebra de la presunción de inocencia por cuanto que si bien se alega que el Tribunal Supremo no extendió la prohibición de valoración probatoria, más allá de las conversaciones interceptadas con vulneración del artículo 8.2 CEDH, a los seguimientos policiales, al conocimiento de la nave en que supuestamente guardó la droga, de la participación del acusado en su alquiler y de la posesión por parte del mismo de una llave que la abría, lo cierto es que la denegación de autorización para interponer recurso de revisión por parte del Tribunal Supremo se basa en la existencia también de seguimientos policiales que se consideran previos e independientes de las escuchas a partir de una apreciación suficientemente detenida de los razonamientos del órgano que valoró las pruebas, y de un modo que “no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5º), y sin que tampoco se aporten elementos por el recurrente en amparo que acrediten una dependencia de los seguimientos policiales respecto de las escuchas telefónicas, todo lo cual permite descartar la duda sobre la culpabilidad y conduce a denegar el amparo por no existir una “conexión de antijuricidad” entre las escuchas ilegítimas y las otras pruebas.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

b) La denegación sin base legal de una prueba propuesta en tiempo y forma determina la nulidad de la sentencia

En la STC 77/2007, de 16 de abril, Sala Primera, se aprecia vulneración del derecho a utilizar las pruebas pertinentes para su defensa de un contribuyente al que se le desestima por sentencia un recurso contencioso-administrativo interpuesto, previa denegación por providencia, confirmada en súplica, de una prueba pericial por él propuesta en tiempo y forma (un perito judicial para que dictaminase sobre el valor del inmueble a la fecha de 31 de diciembre de 1978 para así poder determinar el importe real del incremento patrimonial generado a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas). La prueba se denegó por improcedente por el Tribunal al no ir acompañado dicho dictamen de la demanda, conforme al artículo 336 LEC, cuando los demandantes dejaron claro en su escrito de proposición de prueba, y en el recurso de súplica, que lo que proponían no era la prueba prevista en dicho precepto (pericial de parte), sino la pericial judicial prevista en el artículo 339 LEC a llevar a cabo por perito designado judicialmente, siempre que se considerase por el tribunal pertinente y útil dicho dictamen. Y no era exigible, en contra de lo que apreció la sentencia, que los recurrentes acreditaran algún vicio del dictamen obrante en la causa de que discrepaban y que pretendían contrarrestar con la pericial propuesta, pues tal exigencia no se desprende del artículo 339.2 LEC, ni resulta acorde con la naturaleza del medio de prueba propuesto, toda vez que nada impide la concurrencia en un proceso de diversos informes periciales todos ellos perfectamente válidos, que serán valorados por el órgano judicial conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC), decantándose por aquel dictamen que considere más acertado, conforme a la potestad jurisdiccional exclusiva que le compete (artículo 117.3).

De igual modo ha de reputarse irrazonable, dice el Tribunal Constitucional, la respuesta judicial contenida en la Sentencia impugnada en cuanto considera también que la prueba fue propuesta de manera improcedente por los recurrentes al no determinar la cualificación profesional que había de tener el perito, toda vez que, sin perjuicio de que la Sala contaba con elementos de juicio suficientes para designar un perito judicial con la cualificación técnica o académica que considerase más adecuada teniendo en cuenta la materia objeto del dictamen (artículo 340 LEC), es lo cierto que, en caso de tener dudas al respecto, lo pertinente hubiera sido requerir a los recurrentes para que indicasen la cualificación profesional que habría de reunir el perito.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la tutela judicial efectiva

a) Denegación de autorización de revisión de sentencia. Caso Puig Antich

STS de 5 de julio de 2007, Sala Quinta de lo Militar; (Ponente Sr. Corrales Elizondo). Las demandantes, hermanas de D. Salvador Puig Antich, presentaron un escrito ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo solicitando interponer recurso de revisión contra la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar dictada en 1974, que confirmó en apelación

la Sentencia del Consejo de Guerra Ordinario celebrado en Barcelona el 4 de enero de 1974 que condenó al Sr. Puig Antich por dos delitos de terrorismo del artículo 294 bis. b) del Código de Justicia Militar.

La Sala, tras recordar la jurisprudencia sobre el alcance del recurso del recurso de revisión penal, procede al análisis de las pruebas aportadas, una pericial infográfica, y concluye que se trata de conjeturas, hipótesis o descripciones de cómo pudieren haberse producido los hechos, si bien presentadas con técnicas expositivas actuales pero que no constituye prueba nueva que pueda calificarse de esclarecedora ni, “mucho menos, de prueba indubitada que pueda alterar la interpretación que, en el ámbito de sus competencias, se realice por el Consejo de Guerra, a los efectos de la autorización para la interposición del recurso de revisión conforme los requisitos invocados” (FJ 2º *in fine*). A igual conclusión llega la Sala respecto a las demás pruebas aportadas por las actoras, rechazando la relevancia de los testimonios (FJ 3º) de las declaraciones de los doctores que examinaron al fallecido (FFJJ 4º y 5º) y de la documental aportada con las alegaciones (FJ 6º). Finaliza la Sala que no se han aportado hechos o pruebas nuevas distintas de las que ya conoció y enjuició el Tribunal Sentenciador “con lo que quiebra en su misma base la acción revisora, que recae sobre el presupuesto de la acreditación de un nuevo sustrato fáctico acreditativo del error notorio y evidente de la sentencia condenatoria, sin que sea factible cuestionar ahora la valoración jurídica de aquellos hechos inalterados por cuanto el error iuris es ajeno al ámbito de este recurso cuyo cauce tiene por objeto verificar si a la vista de los nuevos datos cabe obtener la conclusión de la injusticia de las resoluciones judiciales analizadas, siempre que concurra alguna de las causas tasadas previstas en la legislación procesal. No cabe sino una respuesta denegatoria de la autorización solicitada, con lo que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de las interesadas pues no existe un derecho a conseguir que se autorice y haya lugar a la interposición del recurso cuando la Sala no haya llegado al convencimiento de la concurrencia de los requisitos examinados en la normativa aplicada y en la jurisprudencia que la interpreta” (FJ 8º).

La Sentencia cuenta con dos Votos Particulares, formulados por los Magistrados Juanes Peces y Calvo Cabello que consideran que debió autorizarse la revisión solicitada por las familiares del Sr. Puig Antich. En el elaborado Voto suscrito por el primero de dichos Magistrados, se estima que existía al menos un hecho nuevo, como la declaración del doctor Barjau que justificaría la autorización para la interposición del recurso, puesto que en esa fase procesal ha de comprobarse la concurrencia o no de indicios en orden a la evidencia del error del fallo condenatorio y no al carácter indubitado o no de las pruebas que corresponde a otro momento procesal cual es el de la sustanciación del recurso de revisión (FJ 1º). Seguidamente examina la jurisprudencia constitucional aplicable de la que concluye que estamos en un supuesto de acceso a la Jurisdicción y la aplicación del principio *pro actione*, y que concurren indicios, sin entrar a valorar la prueba, suficientes para haber admitido la revisión y posibilitado su formulación (FFJJ 2º a 5º). En el Fundamento Sexto se exponen las razones que, a juicio del Magistrado discrepante, justifican la procedencia de la autorización que, en síntesis, son: la naturaleza del proceso, la limitación de garantías en este tipo de procesos en un momento de nuestra historia, la negación de pruebas básicas

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

solicitadas, como la balística y médica, el hecho nuevo del número de disparos que presentaba el cuerpo del Subinspector Anguas, las circunstancias del forcejeo que no permiten excluir el homicidio preterintencional o una atenuante, la existencia de malos tratos y el propio contexto político y social imperante en el momento en que se impuso la pena de muerte, de lo que concluye que el Sr. Puig Antich no tuvo un proceso justo, y que afectan a los hechos y su calificación jurídica y debieron llevar a la Sala a otorgar la oportuna autorización para la revisión interesada, y “lo contrario supone cercenar de raíz el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción”.

b) Legitimación

En la STS de 26 de junio de 2006 (Ponente Sra. Picó Lorenzo), la Sala examina una Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se declara la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de la demandante. Se trata de una Sentencia que se aparta de la reiterada jurisprudencia que ha consolidado un concepto amplio de legitimación activa toda vez que rechaza la concurrencia de interés en una concesionaria para la construcción, y conservación de una variante de una carretera a través de un túnel y sus accesos de nueva construcción para impugnar un Estudio informativo que comporta una previsión razonable de ejecución de unas obras. El TS, con una fundamentación discutible, niega legitimación a la empresa concesionaria que interesaba, además de la anulación del acto, que se declarara la situación jurídica individualizada y la no afectación a su concesión del acto impugnado, y por ende, niega un examen sobre el fondo de la cuestión planteada, que, probablemente, hubiera sido más respetuoso con el principio *pro actione* que opera en el acceso a la jurisdicción, e impone, en caso de duda, una interpretación favorable a la admisión, principio plenamente aplicable al supuesto analizado ya que la Sentencia de instancia declara la inadmisibilidad y, por ende, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, como se ha indicado reiteradamente por el TC, se satisface normalmente con una respuesta sobre el fondo y que en este caso hubiera significado un análisis más amplio de las circunstancias concurrentes.

c) Derecho a utilizar los medios de prueba

En la STS de 28 de junio de 2007 (ponente Sr. Calvo Rojas) se declara haber lugar al recurso de casación al constatar la lesión del derecho reconocido en el artículo 24 CE por cuanto, una vez recibido el proceso a prueba y delimitados los hechos que se pretendían acreditar; y también expuestos en términos razonablemente convincentes que la práctica de la prueba propuesta y admitida podría haber tenido alguna incidencia en la resolución del litigio, el órgano judicial denegó su práctica sin justificación razonable. En efecto, el demandante presentó un escrito de proposición de prueba en el que interesaba el libramiento de oficio a fin de que se remitiesen los expedientes personales y se certificasen el tiempo de servicios efectivos y otros datos relativos a dos tenientes de navío con relación a los cuales ése alegaba haber sufrido trato discriminatorio, y la Sección Quinta de la Sala de la Audiencia Nacional dictó providencia en la que acordó denegar todas las pruebas propuestas por el demandante “... por referirse a cuestiones de derecho y a hechos no controvertidos”. Contra esa lacónica resolución denegatoria de las pruebas se interpuso recurso de súplica que no fue tramitado ni resuelto por la Sala de la Audiencia Nacional, y

que tampoco por la Sección Octava de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid una vez que se recibieron en ésta las actuaciones. Siendo esto lo sucedido con las pruebas solicitadas por el demandante, la sentencia ahora recurrida desestima el alegato de discriminación haciendo en su fundamentación jurídica la siguiente consideración:

“(…) Sin embargo, no se ha acreditado el tiempo de servicios efectivos que tuvieron tales compañeros, por lo que no se puede comprobar si tenían o no veinte años de servicios efectivos. De esta forma, no se puede apreciar la discriminación alegada”.

El TS razona:

“así las cosas, la denegación de la prueba propuesta en los términos en que se produjo, y habiendo dejado la Sala de instancia sin resolver el recurso de súplica interpuesto contra la mencionada denegación, causa indefensión al recurrente si, como ha sucedido en este caso, el litigio concluye luego con una sentencia desestimatoria en la que, entre otras consideraciones, se reprocha a la parte actora el no haber acreditado los extremos que pretendía demostrar con aquella prueba, lo que es suficiente para concluir que la sentencia recurrida debe anularse y en consecuencia con lo razonado, resulta procedente devolver las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que, retrotrayéndolas al período de prueba, resuelva el recurso de súplica contra la inadmisión de las pruebas propuestas”.

B) Extranjeros y asilo (artículo 13 CE)

a) Nacionalidad y residencia

SSTS de 18 y 24 de mayo de 2007 (Ponente Sra. Robles Fernández). En estas Sentencias se examina el concepto de residencia efectiva y continuada a la que se refiere el artículo 22 del CC. En la primera de estas resoluciones se rechaza la solicitud de concesión de la nacionalidad por cuanto no se acredita que el demandante, que reside en Ceuta lo haga de forma continuada e ininterrumpida, pues posee innumerables salidas del país, como se refleja en el pasaporte, y posee una gasolinera a 4 km de la frontera con gran volumen de negocio que le obliga a una presencia física que le hace incompatible con una permanencia en España que se traduzca en su residencia real y efectiva a los efectos de la concesión de la nacionalidad española.

En la segunda de estas Sentencias se examina la impugnación deducida por el Abogado del Estado contra la decisión de la Audiencia Nacional de reconocer la nacionalidad al demandante, residente en Melilla. La Abogacía del Estado sostenía que el actor no cumplía con el requisito de la “efectividad” de la residencia, alegando que posee dos domicilios; uno en Melilla y otro en una localidad de Marruecos, con vinculación en ambas ciudades, y tal circunstancia impide que la residencia sea “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”. El recurso es desestimado por cuanto se combaten los hechos de la Sentencia pero sin impugnar la valoración de la prueba hecha por la Sentencia de instan-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cia por alguno de los estrechos en que tal impugnación sería procedente, a saber, porque fuese irracional, arbitraria o ilógica o vulnerase cualquiera de las normas que regula la prueba tasada, y no procediendo en esos términos, se desestima el recurso.

b) Nacionalidad y concepto de “buena conducta cívica”

SSTS de 21 de mayo de 2007 (Ponente Sra. Robles Fernández). En dos Sentencias dictadas en el mismo día, la Sala aborda el concepto de “buena conducta cívica” a los efectos de la concesión de la nacionalidad ex artículo 22.4 CC. En la primera, recurso de casación 3784/2003, el actor solicita la concesión de la nacionalidad acreditando que sus padres son españoles y que tiene un contrato laboral como peón en una empresa desde el año 1998, estando afiliado y cotizando a la Seguridad Social y residiendo con su familia en España. Frente a la apreciación del Juez encargado del Registro Civil que considera acreditada la “buena conducta”, la Sala valora el informe de la policía que pone de relieve varias denuncias y detenciones en los años 1984, 1988, 1989, 1990 y 1992 y la última de ellas en 1994, por robo, lesiones, atentado, violación, receptación y la última de ellas por escándalo, detenciones estas que aun cuando no culminaron en sentencias condenatorias y el actor carece de antecedentes penales, sin embargo ponen de relieve una conducta del actor reiterada en el tiempo, expresiva de una clara vulneración de las normas sociales y las relaciones sociales que impiden que pueda apreciarse el requisito de la buena conducta cívica que no cabe deducir sin más de la suscripción de un contrato laboral sólo tres meses antes de la solicitud de nacionalidad por tratarse de un lapso de tiempo tan limitado que impide que pueda tenerse como expresión de una adaptada conducta social.

En la segunda, recurso de casación 4074/2003, el demandante alega que reside en España desde 1986, que está casado con española, que reside permanentemente en San Sebastián, donde trabaja habitualmente. El juez encargado del Registro Civil tuvo por acreditada la buena conducta cívica y el Abogado del Estado alega la vulneración del artículo 22.4 CC por la incoación de tres procedimientos penales contra el mismo por delitos contra la salud pública. El primero de estos procedimientos en el que se dictó Sentencia absolutoria declaró como probado que el actor poseía 0,4 gramos de heroína distribuidos en 8 papeletas, y la absolución se produce por no acreditarse que estuvieran destinados a la venta. Los otros dos procedimientos terminaron con sobreseimiento libre al no reputarse los hechos constitutivos de infracción penal. El TS considera que la tenencia de 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 falta de adaptación a unas reglas sociales y de normal convivencia que no puede considerarse subsanada por el hecho, en el que esencialmente se basa la Sentencia impugnada, de un trabajo estable, razones por las que se estima el recurso deducido.

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. Bases.** A) No son normas básicas aquellas que sólo sirven como mera referencia para las Comunidades Autónomas. **3. Ley.** A) Reserva de Ley. a) Vulneraciones del principio de legalidad en materia sancionadora. **4. Reglamento.** A) Potestad reglamentaria. a) Sometimiento del ejercicio de la potestad reglamentaria al principio de jerarquía normativa. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley. a) El principio de igualdad exige que ante idénticas situaciones de hecho el Tribunal mantenga el mismo criterio; para fundamentar su vulneración se exige la aportación de un término de comparación idéntico. b) No cabe invocar la igualdad en la ilegalidad. c) No se vulnera la igualdad cuando el resultado desigual es simplemente el fruto de la aplicación de las normas. B) Principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos. a) El principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos se vulnera con la aplicación retroactiva de un Reglamento parlamentario que restringe algunos derechos de determinados diputados en el ejercicio de su cargo; también se vulnera por la exclusión de una convocatoria de provisión de plazas de funcionarios de un determinado colectivo sin aportar una justificación razonable; no resulta aplicable en relación con el acceso a sus puestos de los profesores de religión y moral católica en la enseñanza secundaria pública.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia RJ 2007/4095, y de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia JT 2007/571. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 154/2007.

2. BASES

A) No son normas básicas aquellas que sólo sirven como mera referencia para las Comunidades Autónomas

La STS de 24 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, JUR (sin determinar), resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia del TSJ de Navarra de 26 de mayo de 2004 que desestimaba el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 27 de agosto de 2001 que desestimaba, a su vez, el recurso de alzada dirigido contra una Resolución del Director General de Salud que autorizaba la apertura de una farmacia en Ayegui (Navarra). Entre los múltiples motivos de casación alegados, interesa en este momento el referido a la supuesta conculcación de la legislación básica del Estado en materia de planificación farmacéutica —constituida por el artículo 2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia— y, consecuentemente, del orden constitucional de distribución de competencias derivado de los artículos 149.1.16 y 1 CE y 53.1 de la LORAFNA. Entiende la parte recurrente que determinados preceptos de la Ley Foral 12/2000 vulneran los precitados artículos de la Ley estatal que, a su juicio —y sin que la norma así lo especifique— han de considerarse básicos.

Pues bien, con respecto a esta cuestión, se había planteado por el Tribunal *a quo* cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que se desestimó mediante el ATC 62/2004, de 24 de febrero. Sin embargo, el recurrente considera que el Tribunal Constitucional no motivó adecuadamente su decisión. Al respecto, señala el Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución y que a él le corresponde en exclusiva decidir en torno al ajuste a la magna carta de las normas con rango de ley, que hayan entrado en vigor con posterioridad a 1978. Además, hace suya la argumentación material contenida en el Auto que señala que “los módulos de población y distancias recogidas en el artículo 2.3 y 2 de la Ley 16/1997, amén de no tener alcance de normativa básica, cumplen un cometido meramente instrumental, y sólo sirven como mera referencia para que las Comunidades Autónomas establezcan sus propios módulos de población y distancias” y concluir que “la norma básica atiende a que las necesidades farmacéuticas se satisfagan por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus propias características”. De este modo el Tribunal niega el carácter básico de los preceptos aludidos de la norma estatal, desestimando, por tanto, el motivo casacional. Finalmente, el recurso, en su conjunto, fue desestimado por el Tribunal.

3. LEY

A) Reserva de Ley

a) Vulneraciones del principio de legalidad en materia sancionadora

La STC 116/2007, de 21 de mayo, resuelve un recurso de amparo interpuesto en relación con las sanciones disciplinarias impuestas a la recurrente, perteneciente a la Carrera

IV. Fuentes del Derecho

Judicial, por ocultación de incompatibilidad (artículo 417.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ) y por incumplimiento del deber de abstención (artículo 417.8 LOPJ). El fundamento del recurso de amparo es, entre otros motivos, la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora que regula el artículo 25.1CE. La recurrente considera que se ha vulnerado su derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), desde distintas perspectivas. El TC rechaza en todos los casos la vulneración de este derecho fundamental.

En primer lugar, el TC considera que en este caso, ni la interpretación, ni la concreta subsunción de los hechos en los preceptos sancionadores aplicados, efectuadas en la resolución sancionadora, resultan contrarias a las exigencias derivadas del artículo 25.1 CE; en este sentido, no cabe apreciar que se haya acudido a argumentaciones extravagantes a las normalmente utilizadas en la comunidad jurídica, ni que se haya partido de bases valorativas ajenas a los criterios constitucionales, para llegar a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de estas normas y, en esa medida, imprevisibles para la recurrente. En consecuencia, desde esta perspectiva, no se entiende vulnerado el artículo 25.1CE.

En segundo lugar, la recurrente alega que las sanciones impuestas han sido desproporcionadas. La desproporción alegada no se refiere en abstracto a las sanciones previstas legalmente en los preceptos infringidos, sino a la individualización que de las mismas se realizó en relación con la conducta desarrollada por la recurrente, por lo que el TC debe verificar la corrección constitucional de la motivación desarrollada para justificar la concreción de la sanción, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso. En consecuencia, el Tribunal, tomando en consideración la ponderación efectuada para la individualización y concreción de las sanciones en relación con las circunstancias concurrentes en los hechos sancionados y que en ningún caso las sanciones impuestas, ni desde una perspectiva cualitativa ni tan siquiera cuantitativa, se han acercado al máximo de gravedad permitido por la norma, entiende que no concurre la vulneración denunciada por la recurrente. Por tanto, desestima la concurrencia de la vulneración del principio constitucional de legalidad penal por este motivo.

En tercer lugar, la invocación del derecho a la legalidad sancionadora se fundamenta en la infracción del principio *non bis in idem*. La recurrente fundamenta su infracción en que se la ha sancionado en virtud de una situación de incompatibilidad de la que ya había sido absuelta con anterioridad, sin que se hubiera producido ninguna alteración significativa. En este caso no concurren, sin embargo, los requisitos que el Tribunal exige para apreciar la existencia de una vulneración del principio *non bis in idem*, que consisten en la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Al no concurrir la necesaria identidad fáctica entre los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento en el expediente sancionador núm. 19-1997 que se aporta como fundamento de esta alegación, con los que lo han sido en el expediente cuya resolución se impugna, se entiende desestimado este concreto motivo de amparo.

En cuarto lugar, la invocación del derecho a la legalidad sancionadora ha sido fundamentada en que el precepto en el que se fundamenta la sanción, el artículo 417.8 LOPJ,

siendo una norma sancionadora, ha sido aplicado retroactivamente. El Tribunal también considera que este motivo de amparo debe ser desestimado. Si bien este Tribunal ha reiterado que el artículo 25.1 CE consagra el principio de irretroactividad de la normativa sancionadora como “la garantía del ciudadano de que no será sorprendido *a posteriori* con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho”, en el presente caso, habida cuenta de que la conducta sancionada por la infracción de este precepto –incumplimiento del deber de abstención–, ha sido mantenida por la recurrente en el tiempo durante años, con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción dada al artículo 417.8 LOPJ, en fecha 29 de diciembre de 1994, debe concluirse que la normativa sancionadora aplicada estaba plenamente vigente en el momento en que la recurrente estaba llevando a cabo su conducta infractora, por lo que tuvo la posibilidad efectiva de conocer y la obligación de adaptar su conducta a la nueva previsión normativa.

Por último, la recurrente alega la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en relación con el artículo 417.7 LOPJ, con fundamento en que no se ha hecho una aplicación retroactiva de una norma que favorecía a la recurrente como era el Real Decreto 3491/2000, en virtud del cual se establecía que, a fecha de 1 de enero de 1999, la población de M. era ya superior a los cien mil habitantes, por lo que desde dicha fecha no cabía la posibilidad de aplicar el precepto sancionador. Pues bien, el Tribunal también rechaza este concreto motivo de amparo, dado que el principio de retroactividad de las disposiciones favorables en materia sancionadora, si bien puede considerarse incluido, *a sensu contrario*, en el artículo 9.3 CE, queda fuera de los márgenes de la jurisdicción de amparo, al no resultar una garantía reconocida como derecho en los artículos 14 a 29 CE y, específicamente, en el artículo 25.1 CE.

Sin perjuicio de lo anterior, además, en este caso no cabría considerar siquiera la posibilidad de plantear una aplicación retroactiva en favor de la demandada del Real Decreto 3491/2000, ya que la infracción del artículo 417.7 LOPJ se refiere a hechos cometidos entre el 17 de noviembre de 1998 y el 15 de octubre de 1999, y en el artículo 1 del citado Real Decreto 3491/2000 se establece su aplicación con efectos de 31 de diciembre de 2000 y, por tanto, con posterioridad a los hechos sancionados.

4. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) Sometimiento del ejercicio de la potestad reglamentaria al principio de jerarquía normativa

La STS de 19 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (RJ 2007/2404), resuelve el recurso interpuesto por la Asociación de Letrados por un Turno de Oficio Digno contra el artículo 25 bis, apartado 2, y Anexo II del RD 1455/2005, de

IV. Fuentes del Derecho

2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. El precepto, impugnado sólo en cuanto a su apartado 2º, se halla bajo la rúbrica de “procedimiento en aquellos procesos judiciales y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género” y se refiere a la iniciación y presentación de la solicitud de la prestación del servicio de orientación jurídica y asistencia jurídica gratuita.

El recurso interpuesto se centra, entre otros motivos, en la vulneración del principio de jerarquía normativa consagrado en los artículos 9.1 CE y 51 de la Ley 30/1992, por el artículo 25 bis, apartado 2, del Real Decreto impugnado al desarrollar *contra legem* la Ley de asistencia jurídica gratuita, imponiendo a los Abogados una función que el texto legal quiso imponer a los Colegios de Abogados. Así se desprendería de los artículos 12, 14, 22 y 31 de dicha Ley 1/1996, resultando que entre las obligaciones de los Abogados que aparecen recogidas en su artículo 31 no se encuentran las establecidas en el referido artículo 25 bis.2 impugnado, generándose además una contradicción con lo que dispone el artículo 542.3 de la LOPJ.

Pues bien, una vez resueltos los posibles problemas de legitimación de la parte recurrente, el Tribunal Supremo se adentra en el análisis de la supuesta vulneración por el reglamento impugnado de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Al respecto, señala el Tribunal que el Real Decreto 1455/2005 se dicta al amparo de la habilitación contenida en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, tal y como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto. El precepto impugnado no modifica el régimen regulador de la asistencia jurídica gratuita con carácter general, sino que únicamente trata de adaptar, cumpliendo el mandato legal, el régimen que se hallaba vigente, al especial supuesto de mujeres víctimas de la violencia de género y a los procedimientos judiciales relacionados con esa violencia. En este sentido, efectivamente puede deducirse que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita señala a los Colegios de Abogados como los sujetos indicados para tramitar la solicitud del beneficio de justicia gratuita, pero ello no impide que además de la tramitación y asesoramiento que han de prestar esos Colegios, en supuestos de colectivos necesitados de especial protección, como sin duda son las mujeres víctimas de la violencia de género y más cuando carecen de suficientes recursos económicos, el abogado designado tenga que prestar, de modo complementario al prestado por el Colegio, un asesoramiento en relación con la solicitud de justicia gratuita, lo cual no sólo no es contrario a la Ley, sino que es perfectamente compatible con el Código Deontológico aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, cuyo artículo 13.9 en su párrafo c) impone al Abogado, incluso por escrito, si así se le solicitase, la obligación de informar sobre si por sus circunstancias personales y económicas su cliente puede solicitar los beneficios de justicia gratuita, no pudiendo tampoco apreciarse el conflicto posible que se apuntaba en relación con la obligación de secreto establecido en el artículo 542.3 de la LOPJ, pues no corresponde al Abogado sino a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita la verificación de los datos económicos para la concesión del beneficio de justicia gratuita, por lo que el Abogado no estaría vulnerando ningún secreto. Así pues, el reglamento no vulnera ninguna norma con rango de Ley y se sujeta al principio de jerarquía normativa. El recurso, finalmente, debido a éste y otros motivos se rechaza por el Tribunal Supremo.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley

- a) **El principio de igualdad exige que ante idénticas situaciones de hecho el Tribunal mantenga el mismo criterio; para fundamentar su vulneración se exige la aportación de un término de comparación idéntico**

La STC 147/2007, de 18 de junio, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la STSJ de Andalucía de 12 de marzo de 2004 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Granada, por infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. La recurrente alega que la citada Sección se ha apartado sin ninguna motivación que lo justifique del criterio que el propio órgano judicial, poco antes y en un asunto idéntico, había mantenido en su Sentencia de 8 de marzo de 2004 y, en consecuencia, ha vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley que garantiza el artículo 14 CE. El TC repasa en esta Sentencia los presupuestos que estima necesarios para entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que son los siguientes:

“a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria.

b) La identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la posición del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (artículo 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable, esto es, por decirlo llanamente en expresión usual, la utilización por el mismo órgano judicial de una doble vara de medir.

c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de ‘la referencia a otro’ exigible en todo alegato de discriminación en la aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

d) Finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. Como también reitera la jurisprudencia, la razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de

IV. Fuentes del Derecho

la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar de modo irreflexivo o arbitrario el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, “como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3º, y 76/2005, de 4 de abril, FJ 2º, entre otras muchas –STC 2/2007, de 15 de enero, FJ 2º–.”

La aplicación de esta doctrina en este caso lleva al Tribunal a la conclusión de que no existe la vulneración del derecho a la igualdad que denuncia la demandante de amparo; de un lado, porque entre la Sentencia impugnada y la ofrecida como término de comparación no existe la identidad necesaria y, en consecuencia, el *tertium comparationis* que ha aportado la recurrente no es efectivamente idóneo a fin de probar esa infracción constitucional, y de otro, porque la línea de razonamiento de la Sentencia recurrida en amparo ha sido seguida posteriormente en casos idénticos al que aquí se examina.

Tanto la Sentencia impugnada como la de contraste resuelven casos en los que las dos interesadas solicitaron ante la Consejería de Gobernación su nombramiento como funcionarias al servicio de la Junta de Andalucía y su clasificación dentro del grupo D, nivel 14. Sin embargo, las Sentencias dictadas en los respectivos procesos llegaron a soluciones distintas, ya que, en tanto que en la primera el Tribunal entendió que el hecho de que la recurrente careciera de la titulación necesaria impedía su clasificación dentro del grupo D, en la segunda, el Tribunal consideró que el hecho de que la actora no hubiese procedido a la opción expresa de integración en alguno de los regímenes estatutarios de la Junta de Andalucía no justificaba que fuese motivo de una merma en sus derechos económicos respecto de quienes, desempeñando el mismo trabajo al servicio de la misma Administración, sí tenían reconocido el grupo D, por lo que admitió su inclusión en dicho grupo.

El TC entiende que en este caso no se ha producido una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley. A juicio del Tribunal, no es que ante idénticas situaciones de hecho, el órgano judicial haya realizado una distinta aplicación de las normas jurídicas, sino que, en ejercicio de su función de interpretar y aplicar la legalidad ordinaria, ha entendido en el caso de la Sentencia impugnada que el hecho de que la recurrente careciera de la titulación necesaria impedía su clasificación dentro del grupo D. Por lo tanto, es la valoración de este elemento de hecho, que no consta en la Sentencia de contraste, –y no el que el órgano judicial haya cambiado de criterio aplicativo–, lo que justifica el pronunciamiento diferente. En consecuencia, el Tribunal entiende que no se ha vulnerado el artículo 14 CE.

La **STC 128/2007, de 4 de junio**, resuelve el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia núm. 262/2001, de 26 de febrero, que estimó que no había existido despido en el cese del actor como profesor de religión y moral católicas de enseñanza secundaria, al no haberse vulnerado con dicha decisión ninguno de los derechos fundamentales invocados por el recurrente, por tratarse de un supuesto de mera extinción de un contrato anual que se produjo *ope legis*. El recurrente en amparo alega que su cese como profesor de religión y moral católicas ha estado motivado por su estado civil y por ser miembro del movimiento pro-celibato opcional, por lo que considera que vulnera el derecho a no sufrir discriminación (artículo 14 CE), el derecho a la vida privada (artículo 18 CE) y la libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE]. Fundamenta su recurso en que su cese se ha producido por haber hecho pública su condición de miembro del movimiento pro-celibato opcional, lo que constituye una injerencia no justificada en su vida privada, así como que ha sido discriminado por su estado civil, puesto que el factor utilizado para el trato desigual –aparecer públicamente como cura casado– no es razonable ni legítimo en una sociedad basada en la preeminencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que no puede estimarse que haya sido vulnerado el derecho del recurrente a no sufrir discriminación ya que éste no ofrece ningún término de comparación para fundamentar dicha vulneración, en los términos que reiteradamente exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, el Tribunal precisa que aunque propiamente el actor lo que plantea es la existencia de un tratamiento discriminatorio por razón de su estado civil, y no tanto un tratamiento desigual respecto de nadie en concreto, no puede estimarse que la no propuesta del actor como profesor de religión y moral católicas para el curso 1997/1998 suponga discriminación por razón del estado civil, ya que fue propuesto sucesivamente como profesor de religión y moral católicas desde el curso 1991/1992 hasta el curso 1996/1997, cuando llevaba casado civilmente desde el año 1985, y esta circunstancia no era desconocida por el Obispado, como se reconoce en la demanda de amparo. Dado que la falta de propuesta relativa a su contrato se vincula al hecho de que el recurrente en amparo había dado publicidad a su condición de cura casado y a su pertenencia al movimiento pro-celibato opcional con ocasión de la información publicada en el diario *La Verdad* de Murcia el día 11 de noviembre de 1996, el Tribunal entiende que, en todo caso, más que el derecho a la igualdad, los derechos del recurrente supuestamente afectados por la decisión del Obispado son los derechos a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE), en relación con la libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE].

La **STS de 4 de abril de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, RJ (sin determinar), resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2004 que había desestimado el recurso contra la Resolución del Ministerio de Educación y Cultura que denegó su petición de que le fuese otorgado el título de médico especialista en Endocrinología y Nutrición. Entre los motivos de casación se alega la vulneración del artículo 14 CE. Sin embargo, el Tribunal rechaza esta alegación, ya que no se establecieron los términos precisos para comparar situaciones iguales tratadas de modo disímil como consecuencia del rechazo de

IV. Fuentes del Derecho

la prueba pretendida. Al respecto, señala el Tribunal Supremo que los supuestos aportados como término de comparación se referían a casos con una puntuación superior a la del recurrente y que, por tanto, no podían servir para establecer un juicio de igualdad. Indicando, además, en último lugar, que en cualquier caso, la parte actora no había obtenido la mínima puntuación requerida para obtener el título correspondiente. Así, con base en éste y otros argumentos, el Tribunal rechaza el recurso interpuesto.

b) No cabe invocar la igualdad en la ilegalidad

La STS de 23 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ (sin determinar), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de Julio de 2003, desestimatorio del recurso de alzada deducido contra el Acuerdo del Presidente del TSJ de Madrid de 21 de abril de 2003, que denegó al recurrente un permiso de diez días por traslado de domicilio por cambio de residencia. Junto a la vulneración de diversos preceptos de rango legal, se alega en la demanda que el Consejo General del Poder Judicial ha quebrantado el principio de igualdad porque el TSJ de Cataluña ha concedido el permiso que se ha negado al actor a un compañero que se encontraba en una situación, no similar, sino idéntica a la suya.

Pues bien, para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo procede, en primer lugar, a analizar el ajuste a Derecho del Acuerdo impugnado. Concluye el Tribunal que la petición del permiso no tenía razón de ser, pues volvía al destino que le correspondía como Secretario Judicial, condición en la que, ciertamente, no había experimentado ningún cambio. Únicamente sucedía que había consumido la licencia que por razón de estudios le concedió el Ministerio de Justicia. De ahí que dicho acuerdo de 21 de abril de 2003 tuviera la motivación suficiente para que el interesado conociera la razón de la denegación de lo que pedía: como Secretario Judicial no había cambiado de destino. En consecuencia, si el permiso se denegó legalmente, el Tribunal deduce que no se incurre en la infracción del artículo 14 CE porque, más allá de la identidad o semejanza entre la situación del recurrente y la de la otra persona —que no se habían establecido en la prueba practicada—, no siendo conforme a Derecho su pretensión, se entiende que en ningún caso cabría igualdad en la ilegalidad, según doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

c) No se vulnera la igualdad cuando el resultado desigual es simplemente el fruto de la aplicación de las normas

La STS de 9 de abril de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (RJ 2007/4095), resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia de 2 de mayo de 2001 del TSJ de la Comunidad Valenciana que estimaba el recurso deducido contra la Resolución del Director General de Personal de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de 26 de septiembre de 1995, por la que se hacen públicas las listas de los aspirantes que han superado las pruebas para la provisión de plazas vacantes de funcionarios docentes. Junto a otros motivos, se alega la vulneración de los artículos

14 y 23.2 CE porque a la recurrente en casación se le han aplicado criterios diferentes de los que en su momento aplicó el tribunal del concurso a los demás aspirantes. Al respecto señala el Tribunal, de forma parca, que no hay razón para sostener que a la recurrente se le haya tratado de manera distinta a los demás aspirantes. En realidad, lo único que ha hecho la Sala es aplicarle las reglas de la convocatoria tal como considera que deben ser entendidas, no en este caso, sino en todos.

B) Principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos

a) El principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos se vulnera con la aplicación retroactiva de un Reglamento parlamentario que restringe algunos derechos de determinados diputados en el ejercicio de su cargo; también se vulnera por la exclusión de una convocatoria de provisión de plazas de funcionarios de un determinado colectivo sin aportar una justificación razonable; no resulta aplicable en relación con el acceso a sus puestos de los profesores de religión y moral católica en la enseñanza secundaria pública

En la **STC 141/2007, de 18 de junio**, se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra varias resoluciones de la Mesa del Parlamento de La Rioja en aplicación de las disposiciones del nuevo Reglamento de la Cámara, de 10 de abril de 2001, relativas al número de diputados exigidos para formar grupo parlamentario propio, que determinó la disolución del grupo parlamentario del Partido Riojano. A juicio de los dos demandantes que integraban el grupo parlamentario disuelto, estos acuerdos vulneraban su derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE), en la medida en que restringían indebidamente y con carácter retroactivo algunas de las facultades incluidas en la configuración concreta de su estatuto parlamentario, en especial la de constituirse en grupo parlamentario, así como la de disfrutar de sus derechos como parlamentarios en situación de igualdad con el resto de diputados del Parlamento de La Rioja.

En esta sentencia, el TC explica el contenido del artículo 23.2 CE indicando que garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como el que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga. Esta garantía también se aplica cuando la petición de amparo se formula por los representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que en este caso resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE. El Tribunal precisa a continuación que el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que se define a través de los Reglamentos parlamentarios que fijan y ordenan los derechos y atribuciones que corresponden a los parlamentarios. Estos derechos y obligaciones, quedan integrados en el status propio del

IV. Fuentes del Derecho

cargo, con la consecuencia de que sus titulares podrán reclamar su protección al amparo del artículo 23.2 CE cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren.

El Tribunal aclara que tampoco cualquier acto que infrinja el estatuto del parlamentario en la Cámara lesiona el derecho fundamental, pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria. La facultad de constituir grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria. Esta facultad se ha visto gravemente afectada en este caso con la aplicación del nuevo Reglamento, en la medida en que la elevación del número mínimo de parlamentarios necesario priva a los recurrentes de ella. Los recurrentes discuten la legitimidad de la aplicación inmediata del nuevo Reglamento y el régimen específico asignado tras su integración en el grupo mixto, alegando que se trata de decisiones discriminatorias y que contrarían los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad previstos en el artículo 9.3 CE, al haberse aplicado retroactivamente.

En ausencia de disposiciones relativas a la aplicación transitoria del nuevo Reglamento de la Cámara, el Tribunal entiende que se optó por la interpretación más lesiva de los derechos a constituir grupo parlamentario y participar en los debates parlamentarios, alterando las normas que hasta el momento regían su ejercicio. En estas condiciones, la alteración, con eficacia inmediata de dichas normas, una vez iniciada la legislatura, resulta lesiva del derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 CE, pues priva ilegítimamente a los parlamentarios de los derechos básicos que integran la esencia de su función representativa. En consecuencia el TC estima el recurso y otorga el amparo solicitado.

En la **STC 129/2007, de 4 de junio**, se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra las Órdenes de 20 de noviembre de 2001 del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de la Diputación General de Aragón, por las que se convocan la provisión de las plazas de Directores del Servicio Provincial de Medio Ambiente de Teruel y Huesca, respectivamente, por vulnerar el derecho del recurrente a la igualdad (artículo 14 CE) y al acceso y permanencia en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), al excluir de dichas convocatorias con carácter general a los funcionarios docentes sin la debida cobertura legal y, además, sin que la exclusión esté debidamente justificada.

La sentencia comienza recordando que es doctrina reiterada que, al contemplarse en el artículo 23.2 CE el derecho a la igualdad en relación con el acceso a la función pública, la genérica alegación del artículo 14 CE debe entenderse comprendida en la más específica invocación del artículo 23.2 CE (por todas, STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4º). A juicio del TC, el hecho de que las Órdenes impugnadas realicen una configuración negativa de las condiciones de acceso a los puestos de Director/a del Servicio Provincial de Teruel y Huesca del Departamento de Medio Ambiente, prohibiendo el acceso a los funcionarios docentes, de investigación, sanidad, servicios postales y telegráficos, de instituciones pe-

nitenciarias y transporte aéreo y meteorología, vulnera el artículo 23.2 CE. Se trata de una exclusión injustificada en relación con funcionarios respecto de los que, por su mera pertenencia a un cuerpo, no se puede afirmar *a priori* que no vayan a contar necesariamente con las condiciones para su óptimo desarrollo. En consecuencia, el Tribunal otorga el amparo solicitado.

En la **STC 128/2007, de 4 de junio**, se plantea la vulneración del principio de igualdad, en su vertiente del derecho a la igualdad en el acceso al empleo público en régimen de contratación laboral (artículo 14 CE, en conexión con el artículo 103.3 CE), y en relación con la lesión de la libertad religiosa (artículo 16.1 CE). La posible lesión de los citados derechos fundamentales se plantea como consecuencia del cese como profesor de religión y moral católicas de enseñanza secundaria del recurrente, que a su juicio ha estado motivado por su estado civil y por ser miembro del movimiento pro-celibato opcional. El TC considera que en este caso no está de más llamar la atención sobre la peculiar circunstancia de que, precisamente, la libertad religiosa es el factor que ha permitido la designación del recurrente en amparo como profesor de religión en un centro de enseñanza pública por un procedimiento diferente al establecido para el acceso del resto de los docentes de otras áreas. En consecuencia, si el acceso al sistema docente público para impartir la enseñanza de un determinado credo religioso se fundamenta en el juicio de la autoridad religiosa sobre la idoneidad de la persona designada para enseñar la doctrina correspondiente, con base en criterios estricta y exclusivamente religiosos o morales, no puede romperse la coherencia con ese dato de partida cuando la propia autoridad eclesiástica que se pronunció favorablemente al emitir su juicio de idoneidad en un acto de carácter puramente religioso, ajeno por completo al Derecho estatal, se pronuncia negativamente en un momento posterior en razón de un juicio igualmente religioso, que en sí mismo no sea merecedor de un reproche constitucional por arbitrariedad, carácter discriminatorio, etc., si es que tal es el caso. Por lo tanto, la neutralidad del Estado en relación con las diferentes confesiones religiosas debe operar en similares términos, tanto cuando el juicio eclesiástico de idoneidad opera positivamente en el momento de la constitución de una inicial relación laboral como cuando, en sentido contrario, opera negativamente a la hora de constituir una nueva relación laboral en un curso académico posterior. El Tribunal concluye que la especial idoneidad para la enseñanza de la religión católica es una condición que se inserta en un ámbito puramente religioso, y depende de una valoración del mismo signo, por lo que en este caso no entiende vulnerado el derecho alegado.

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) Inactividad de la Administración. a) Se considera impugnabile la inactividad material de la Administración consistente en la omisión de control administrativo sobre un concesionario al tolerar una exacción ilegal que éste cobraba a los usuarios del servicio público.

3. Clases de actos administrativos. A) Actos discrecionales. a) El control de los actos discrecionales se puede verificar a través de la comprobación de los “hechos determinantes”. b) La subvención. B) Actos administrativos sometidos a condición resolutoria. C) Actos que no ponen fin a la vía administrativa. a) Los actos que no ponen fin a la vía administrativa pueden ser determinados por reglamento. D) Acto de trámite. a) Se considera impugnabile el acto de trámite por el que se inicia el procedimiento sancionador cuando posibilita adoptar como medida cautelar la detención del expedientado.

4. Requisitos del acto administrativo. A) Motivación. a) Falta de motivación de un acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad Pública por el que se crea una sociedad anónima y consecuente nulidad del mismo.

5. Procedimiento administrativo. A) Trámites. a) El procedimiento de ejecución de un aval derivado del cumplimiento de una obligación contractual no está sujeto a un “procedimiento autónomo”. B) Derecho de acceso a archivos y registros. a) Las personas jurídicas pueden ejercer este derecho. b) El expediente administrativo al que se refiere el artículo 37 LRJPAC no supone la existencia de un procedimiento contradictorio. C) Silencio. a) El plazo para interponer recurso contra el silencio administrativo es abierto tanto para el solicitante como para otros posibles interesados. b) El plazo para interponer recursos contra el

silencio administrativo negativo queda abierto indefinidamente porque se equipara a los supuestos de notificación defectuosa. c) A las solicitudes de apertura de oficinas de farmacia se les aplica el régimen de excepciones al silencio administrativo positivo previstas para la adquisición de facultades sobre el dominio público o el servicio público.

d) El silencio administrativo positivo se produce con independencia de la legalidad del acto administrativo. e) La revisión de un acto presunto producido por silencio positivo ha de realizarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido sin que quepa dictar una resolución tardía en sentido contrario a los efectos del silencio. f) Constituye un supuesto de silencio positivo la no resolución en plazo de la solicitud realizada por un funcionario del Cuerpo de policía sobre si las lesiones que sufrió fueron producidas en un acto de servicio. D) Caducidad. a) Plazos de caducidad en el procedimiento de ejecución de avales. b) Se produce caducidad en expediente disciplinario incoado por un Colegio profesional por transcurso del plazo de tres meses previsto para resolver y notificar la sanción. c) No se produce la caducidad porque cabe la prórroga de plazo dictada por el órgano instructor al amparo del artículo 49 LRJPAC.

6. Eficacia y ejecución forzosa.

A) Notificación. a) Distinción entre interesado a efectos de recibir necesariamente una notificación y de legitimado para recurrir: las personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coinciden necesariamente con los interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos, pero aquéllas deben interponer los recursos correspondientes dentro del plazo ordinario que tienen para recurrir los interesados. b) Es válida la notificación practicada a una empresa aunque no figure el DNI de la persona física que la recibió pero sí el sello social. c) Notificación defectuosa porque se ha producido por edictos sin haberse intentado previamente de forma personal aunque se conocía el domicilio personal del interesado. d) La falta de notificación de una providencia de apremio puede ser opuesta frente a la providencia de embargo. 7. **Invalidez del acto administrativo.**

A) Nulidad de pleno derecho. a) La filtración de preguntas en una oposición para el acceso a un cuerpo de funcionarios no puede ser considerada causa de nulidad ex artículo 62.1.e) LRJPAC. b) No vulnera el artículo 24 CE el acto material constitutivo de la vía de hecho consistente en la interceptación de un extranjero en las inmediaciones del puerto de Valencia que viajaba como polizón para ser detenido y reintegrado al buque a fin de ser devuelto a su país. c) La causa de nulidad prevista en

V. Actos, Procedimiento y Contratos

el artículo 62.1.f) LRJPAC exige que la determinación de los requisitos esenciales a los que se refiere el precepto se realice caso por caso. d) Se considera nula la denegación de una subvención en cuyo otorgamiento se omitió un trámite de carácter preceptivo que se considera indispensable. B) Los vicios de forma y sus consecuencias invalidantes.

a) Graduación triple de la invalidez en los supuestos de infracción de normas procedimentales. **8. Eliminación del acto.** A) Revisión de oficio. a) Constituye una revisión de oficio la revocación de una subvención concedida cuando su otorgamiento infringía el ordenamiento jurídico. b) Procedimiento legalmente previsto para la inadmisión de la revisión de oficio. B) Recursos administrativos. a) Las resoluciones por las que se desestimaban en 1996 los recursos de alzada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, no eran, a su vez, susceptibles de recurso de reposición. b) No constituye “un error de hecho resultante de los propios documentos incorporados al expediente” como supuesto en el que cabe interponer el recurso administrativo extraordinario de revisión, el que la Administración hubiera dictado una resolución fuera el plazo legalmente establecido.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo a junio de 2007, —concretamente al 13 de junio—, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo; y de los meses de noviembre de 2006 a febrero de 2007 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período destaca la STS de 17 de abril de 2007 que admite la impugnación de la inactividad de la Administración consistente en la omisión del ejercicio de la competencia de control sobre la gestión de un servicio público de lonja de pescado que había otorgado mediante contrato de concesión. Asimismo resulta de interés la STS de 6 de junio de 2007 en la que se profundiza en la distinción entre interesado en el procedimiento administrativo, y de interesado como persona legitimada para recurrir judicialmente, y las consecuencias, a efectos del respeto de los plazos para interposición de recursos, que de la misma se pueden derivar.

2. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Inactividad de la Administración

- a) **Se considera impugnabile la inactividad material de la Administración consistente en la omisión de control administrativo sobre un concesionario al tolerar una exacción ilegal que éste cobraba a los usuarios del servicio público**

Así lo estima la STS de 17 de abril de 2007, RJ 2007\4252, en un supuesto en el que la concesionaria de la explotación y venta de pescado de la Lonja del Puerto de Castellón cobraba un exceso de 1% en el importe de las ventas de pescado a los detallistas. Para ello el Tribunal Supremo aclara que en el litigio quedan al margen las relaciones jurídico-privadas existentes entre los agentes implicados en el comercio del pescado y que la cuestión se centra en el enjuiciamiento del ejercicio por parte de una Administración de sus potestades de control de un servicio público de su competencia. De este modo el Tribunal enjuicia si existía inactividad en la tutela de un servicio público adjudicado en su gestión a una Cofradía de Pescadores en régimen de concesión administrativa, es decir, si la Administración ha realizado adecuadamente su labor de control del servicio público cuya gestión ha contratado. En este caso el Tribunal resuelve declarando el incumplimiento de la Administración portuaria, que, a juicio del Tribunal, “hubiera debido utilizar su legítima potestad de fiscalización y control del cumplimiento de la concesión administrativa de autos, a fin de evitar lo que constituye el cobro por la concesionaria de una exacción ilegal continuada”.

3. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Actos discrecionales

- a) **El control de los actos discrecionales se puede verificar a través de la comprobación de los “hechos determinantes”**

Así lo recuerda la STSJ de Extremadura de 26 de enero de 2007, Ar. 138963, en la que, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, se entiende por tales “los presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda realizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma”.

En el caso enjuiciado, en el que se trataba de la revocación de una licencia de armas, lo determinante es la motivación o fundamentación del acto administrativo que ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido por la norma, que la jurisprudencia en estos casos interpreta que es el de “evitar situaciones de futuro, racionalmente previsibles, que podrían suponer consecuencias negativas para el poseedor de las armas o terceros”. En este sentido considera además el Tribunal que la revocación de la licencia de armas no es manifestación del derecho punitivo del Estado, sino un acto de control administrativo sobre la existencia o subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de aquélla.

Concretamente en el supuesto enjuiciado se deducía que la revocación traía causa exclusivamente de una denuncia administrativa por presuntas infracciones a la Ley de caza. El Tribunal considera que la Administración no ha justificado el presupuesto objetivo de la retirada de licencia que es la falta de aptitud y la existencia de un riesgo, propio o ajeno, derivado de la posesión y uso de las armas.

b) La subvención

La STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 3284, declara, en su FD 4º, siguiendo jurisprudencia constante:

“En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión regulada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquélla.”

B) Actos administrativos sometidos a condición resolutoria

El Tribunal Supremo, en la citada STS de 20 de marzo de 2007, RJ 2007\3284, afirma que el otorgamiento de una subvención se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión.

C) Actos que no ponen fin a la vía administrativa

a) Los actos que no ponen fin a la vía administrativa pueden ser determinados por reglamento

En este sentido afirman varias SSTs de 23, 25 de mayo, de 25 y 27 de abril de 2007, Ar. 2840, Ar. 2842, Ar. 2843, Ar. 2839 y Ar. 2838; de 18 de abril de 2007, Ar. 1869 y Ar. 1860, de 30 de marzo, Ar. 1951, de 28 de marzo, Ar. 2628 y de 21 de marzo de 2007, Ar. 2637, que tanto el legislador como el Gobierno están facultados para establecer en qué supuestos una resolución pone fin a la vía administrativa, y en cuáles no, además de los supuestos generales en que la Ley procedimental así lo dispone, como claramente se desprende del artículo 109.d) de la Ley 30/1992. En todas las sentencias citadas hay un párrafo que al respecto expresamente señala:

“En este caso no hay base alguna para sostener que la determinación reglamentaria de un supuesto concreto en que una resolución no pone fin a la vía administrativa, con la consecuencia de su previa y obligada impugnación mediante el recurso de alzada, vulnera el derecho de acceso a la justicia, cuando es obvio que el previo recurso administrativo no impide dicho acceso, ni lo condiciona o limita de modo no razonable, pues el establecimiento de un recurso previo administrativo no obstaculiza ni impide el acceso al proceso judicial y, en este caso, al de protección de derechos fundamentales en que no resulta preceptivo el agotamiento de la vía administrativa previa, ni supone una carga irrazonable o injustificada.”

D) Acto de trámite

- a) Se considera impugnabile el acto de trámite por el que se inicia el procedimiento sancionador cuando posibilita adoptar como medida cautelar la detención del expedientado**

Esto declara la STS de 20 de abril de 2007, Ar. 4291, siguiendo jurisprudencia anterior, que ha superado planteamientos contradictorios. Se considera que esto siempre es posible si el interesado interpone su recurso por la vía especial del procedimiento de protección de Derechos fundamentales, invocando no sólo el artículo 24 CE, sino también el artículo 17 CE, denunciando la privación de libertad que, en principio, vinculaba a la decisión administrativa de incoación del expediente de expulsión. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de abril de 2007, Ar. 4278, aunque en este caso, junto a la incoación del expediente de expulsión regulado en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, lo que se resuelve es proponer al juez de instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, —que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero sí condición necesaria—.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**A) Motivación**

- a) Falta de motivación de un acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad Pública por el que se crea una sociedad anónima y consecuente nulidad del mismo**

Éste es el supuesto enjuiciado por la STS de 6 de marzo de 2007, Ar. 2592, en la que se constata que se llevó a cabo la creación de una sociedad anónima por parte de la Junta de Gobierno de la Universidad sin incorporar al acuerdo los informes de derecho que fundaran su creación y que tampoco se incluyó el cálculo ni la estimación ni razonamiento alguno respecto a la repercusión que habría de tener el acto en el presupuesto universitario.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**A) Trámites**

- a) El procedimiento de ejecución de un aval derivado del cumplimiento de una obligación contractual no está sujeto a un “procedimiento autónomo”**

Así lo entiende la STS de 18 de abril de 2007, Ar. 4260, en el caso de las resoluciones de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que declaraban incumplido por una empresa el compromiso de calidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones contraído con la Administración y acordaban la ejecución parcial del correspondiente aval.

B) Derecho de acceso a archivos y registros

a) Las personas jurídicas pueden ejercer este derecho

Esta afirmación se encuentra recogida en la STS de 23 de mayo de 2007, Ar 3311, que considera que la expresión “ciudadano” que recoge la Ley 30/1992, no obsta al derecho ejercido por una persona jurídica, en cuanto que estas personas pueden solicitar el acceso a los registros y archivos y la obtención de las copias correspondientes, siempre y cuando se acredite su cualidad de interesados.

b) El expediente administrativo al que se refiere el artículo 37 LRJPAC no supone la existencia de un procedimiento contradictorio

Así lo entiende el Tribunal Supremo, en la citada STS de 23 de mayo de 2007, en la que se afirma que expediente se refiere a cualquier tipo de procedimiento sin necesidad de que se sigan los trámites generales de información pública y emisión de dictámenes e informes. Por lo que un “expediente administrativo” puede consistir en algo 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. En este caso se trataba de la información solicitada por una empresa a la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones sobre un acuerdo celebrado por otras dos empresas competidoras sobre Suministro Provisional de Infraestructura de Red (ASPIR) y que le es proporcionada parcialmente al amparo de este derecho de acceso a archivos y registros administrativos.

C) Silencio

a) El plazo para interponer recurso contra el silencio administrativo es abierto tanto para el solicitante como para otros posibles interesados

Ésta es la interpretación del artículo 46.1 de la Ley 29/1998 que mantiene la STS de 6 de junio de 2007 (recurso 4747/2001), siguiendo a la jurisprudencia, y recientemente al propio Tribunal Constitucional, que ha entendido que el silencio negativo es una técnica que beneficia al solicitante, en la medida que sirve para romper la situación de inactividad administrativa. En este supuesto, se equipara en cuanto a los plazos para interponer recurso contencioso a quienes estaban en el procedimiento administrativo y a quienes no estaban, pero tienen un interés legítimo para su interposición.

b) El plazo para interponer recursos contra el silencio administrativo negativo queda abierto indefinidamente porque se equipara a los supuestos de notificación defectuosa

Así lo entiende la STSJ de Valencia de 15 de noviembre de 2006, Ar. 117578, siguiendo constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

c) A las solicitudes de apertura de oficinas de farmacia se les aplica el régimen de excepciones al silencio administrativo positivo previstas para la adquisición de facultades sobre el dominio público o el servicio público

Así lo entiende el Tribunal Supremo en SSTs de 13 de marzo de 2007, Ar. 2573, y 23 de abril de 2007 (recurso 6828/2004), para varios supuestos en los que, denegada la solicitud de apertura, se pretendía haber obtenido la autorización de apertura por los efectos positivos de doble silencio administrativo previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (respecto a la aprobación del acto y respecto a la resolución del recurso de alzada).

d) El silencio administrativo positivo se produce con independencia de la legalidad del acto administrativo

Esto sostiene la STSJ de las Islas Canarias de 5 de noviembre de 2007, Ar. 192, y 4 de diciembre de 2007, en las que expresamente al respecto se declara:

“El legislador ha querido dar al silencio positivo efectos de acto administrativo que finaliza el procedimiento hasta el punto de que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 declara que ‘(...) el silencio administrativo positivo producirá un acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en esta Ley’. Ello significa que, aunque el acto producido por silencio incurra en causa de nulidad, la Administración que no dio respuesta a la petición y, por tanto, fue autora del acto presunto no podrá desconocerlo.”

En los supuestos enjuiciados por el TSJ se trataba de diversas peticiones relativas a un procedimiento expropiatorio, aunque la mayoría de ellas no concedían al solicitante el derecho de que se considerasen estimadas por silencio sino que suponían el ejercicio del derecho de petición al no existir un procedimiento específico administrativo que pudiera finalizar con el silencio de la Administración.

e) La revisión de un acto presunto producido por silencio positivo ha de realizarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido sin que quepa dictar una resolución tardía en sentido contrario a los efectos del silencio

Esta afirmación se desprende de la STS de 27 de abril de 2007, Ar. 3157, que en este sentido claramente señala en su FD 4º, cuando explica el alcance del artículo 43.4.a) LRJPAC:

“Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio artículo 62.1.f) (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el artículo 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio

V. Actos, Procedimiento y Contratos

contemplado en el artículo 12.1 de la tan citada Ley 30/1992. La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del artículo 62.1.f) es no sólo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en mano de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.”

f) Constituye un supuesto de silencio positivo la no resolución en plazo de la solicitud realizada por un funcionario del Cuerpo de policía sobre si las lesiones que sufrió fueron producidas en un acto de servicio

Así lo declara la STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2007, Ar. 144256, con base en la regla general del silencio positivo que establece la LRJPAC, vinculando a este reconocimiento los efectos legales que procedan.

D) Caducidad

a) Plazos de caducidad en el procedimiento de ejecución de avales

En la sentencia citada anteriormente, STS de 18 de abril de 2007, se afirma que tampoco resultan de aplicación al procedimiento de ejecución de avales los plazos de caducidad previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, al tratarse de una materia específica integrada en la legislación general de Telecomunicaciones, que desplaza la aplicación directa de la Ley procedimental administrativa común.

b) Se produce caducidad en expediente disciplinario incoado por un Colegio profesional por transcurso del plazo de tres meses previsto para resolver y notificar la sanción

Esto concluye la STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2007, Ar. 117984, en la que a pesar de haberse emitido un informe preceptivo que pudo retrasar el procedimiento no se admite que dicho informe haya suspendido el plazo para resolver al no haberse informado expresamente de la suspensión conforme exige el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992.

c) No se produce la caducidad porque cabe la prórroga de plazo dictada por el órgano instructor al amparo del artículo 49 LRJPAC

Esto sostiene la STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 2324, que distingue esta ampliación de plazo para resolver que puede ser acordado por el propio órgano instructor y sólo puede llegar hasta la mitad del plazo ampliado, frente a la ampliación prevista en el artículo 42.6 LRJPAC que establece unas condiciones más estrictas de prórroga de plazo.

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación

- a) **Distinción entre interesado a efectos de recibir necesariamente una notificación y de legitimado para recurrir: las personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coinciden necesariamente con los interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos, pero aquéllas deben interponer los recursos correspondientes dentro del plazo ordinario que tienen para recurrir los interesados**

Esta solución es la que mantiene la STS de 6 de junio de 2007 (recurso 4747/2001), en relación con el recurso interpuesto por un Colegio Profesional contra la Orden Ministerial que homologa un título profesional a un extranjero. En esta sentencia el Tribunal Supremo distingue entre los interesados a los que la Administración tiene la obligación de notificar por considerar que son “interesados” a los que se refiere el artículo 31 LRJPAC e “interesados” como personas que pueden ostentar un interés legítimo. Así se declara en el FD 2º:

“El artículo 58 de la Ley 30/1992 ya citada, dispone que se notificarán a los interesados, las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Hay que determinar si ello se refiere a todos los posibles interesados o sólo a los que reúnen los requisitos del artículo 31 antes citado, que los define, y hay que concluir que no son interesados a los efectos de esta Ley todos los que tengan un interés legítimo, aunque puedan resultar afectados, sino, sólo aquellos que promuevan el expediente [artículo 31.1.a) de dicha Ley], o se personen en el mismo [artículo 31.1.c) de la misma norma]. Naturalmente también, los que por Ley tienen esta condición, en cuanto titulares de derechos que puedan resultar afectados [letra b) del artículo 31.1].”

La consecuencia de esta distinción, es que si no se trata de interesado a efectos del procedimiento administrativo, no hay obligación de notificar y no resulta de aplicación el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, que permite recurrir en cualquier momento a los interesados que no fueron notificados o lo fueron defectuosamente.

Reconoce la sentencia citada que esta solución cuenta con algunos pronunciamientos jurisprudenciales contrarios.

- b) **Es válida la notificación practicada a una empresa aunque no figure el DNI de la persona física que la recibió pero sí el sello social**

Esto sostiene la STS de 4 de abril de 2007, Ar. 2000.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

- c) Notificación defectuosa porque se ha producido por edictos sin haberse intentado previamente de forma personal aunque se conocía el domicilio personal del interesado**

Como consecuencia de ello, la STS de 29 de marzo de 2007, Ar. 1959, considera que ha transcurrido el plazo para resolver y notificar y procede a declarar que se ha producido la caducidad en el procedimiento sancionador que se había seguido contra un extranjero de expulsión del territorio nacional. Asimismo, la falta de notificación también produce la caducidad del procedimiento seguido contra extranjero y la nulidad de la sanción (de expulsión del territorio nacional) impuesta a juicio de la STS de 27 de abril de 2007, Ar. 2145.

- d) La falta de notificación de una providencia de apremio puede ser opuesta frente a la providencia de embargo**

Esto declara la STSJ de Murcia de 27 de noviembre de 2007, Ar. 181572, que procede en consecuencia a anular una providencia de apremio, teniendo en cuenta como el propio Tribunal señala, en su FD 2º, que:

“La jurisprudencia ha señalado que la posibilidad de interponer recurso administrativo primero, y jurisdiccional, después, contra la providencia de embargo, como de otros actos de gestión recaudatoria, no significa que por este medio esté abierta indefinidamente una vía para plantear cualquier tipo de cuestiones, sino únicamente las relativas a la congruencia del acto impugnado con el fin a que se encamina y, lógicamente, las relativas a los presupuestos formales que condiciona todo acto administrativo.”

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno derecho

- a) La filtración de preguntas en una oposición para el acceso a un cuerpo de funcionarios no puede ser considerada causa de nulidad ex artículo 62.1.e) LRJPAC**

La STS 23 de abril de 2007 (recurso 2378/2002), declara que la filtración de algunas de las preguntas de una oposición por parte de los miembros del Tribunal calificador competente para resolver la relación definitiva de candidatos que superan las pruebas para cubrir plazas de veterinarios de áreas de salud, aunque resultara acreditada –lo que de hecho no ocurría en el caso enjuiciado– no puede ser calificada como falta absoluta del procedimiento legalmente establecido y tampoco como infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

- b) No vulnera el artículo 24 CE el acto material constitutivo de vía de hecho consistente en la interceptación de un extranjero en las inmediaciones del puerto de Valencia que viajaba como polizón para ser detenido y reintegrado al buque a fin de ser devuelto a su país**

Esto declara la STSJ de Valencia de 24 de noviembre de 2006, Ar. 117237, en un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, pues aunque el extran-

jero fue detenido como polizón y se le reintegró al buque sin asistencia letrada y se siga la tramitación del correspondiente procedimiento de devolución, considera que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24 CE, pues el particular ha podido acudir al procedimiento jurisdiccional que ha juzgado conveniente para impugnar el acto administrativo recurrido, obteniendo una resolución judicial. Considera finalmente la sentencia que de haber acudido el recurrente a la vulneración de la legalidad ordinaria en la revisión de la actuación administrativa la solución habría sido otra, al poder alegar que se omitió en el momento de la devolución al buque el requisito de la asistencia letrada; pero esta cuestión, a juicio del Tribunal, no puede ser enjuiciada en el procedimiento especial y sumario por el que optó.

c) La causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) LRJPAC exige que la determinación de los requisitos esenciales a los que se refiere el precepto se realice caso por caso

Así lo considera la STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2007, Ar. 132705, en relación con la revisión de oficio de un acuerdo del Consejero de Sanidad relativo a la autorización de traspaso de oficina de farmacia. Dicha autorización se considera nula conforme al citado artículo 62.1.f) que dispone que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

En relación con este precepto, el Tribunal explica en su FD 3º:

“Sea cual sea la solución, es obvio que el concepto de requisito esencial, unido al propio carácter de la nulidad absoluta, obliga a excluir cualquier generalización del mismo y a centrar la interpretación del concepto en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente, en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto.”

d) Se considera nula la denegación de una subvención en cuyo otorgamiento se omitió un trámite de carácter preceptivo que se considera indispensable

Así se deriva de la STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 3284, en la que se enjuicia la denegación de subvenciones a un municipio para la reparación de los daños ocasionados por temporales e inundaciones, que se había efectuado sobre la relación de las obras propuestas y remitidas por la Diputación Provincial y por la Comunidad Autónoma y no por el propio Ayuntamiento, de lo que se siguió la exclusión de las obras propuestas por el municipio para la concesión de la citada subvención.

En este sentido el Tribunal declara, (FD 4º):

“El derecho a la tramitación regular del procedimiento subvencional, que constituye irradiación de los derechos de tutela de relevancia constitucional vinculados al derecho

de protección jurídica, que salvaguarda el artículo 24 de la Constitución, y proyección del principio de seguridad jurídica, que reconoce el artículo 9.3 de la Constitución, que cabe insertar en el elenco de garantías que establece el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se vincula al deber de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales que consagra el artículo 103 de la Constitución, es plenamente exigible cuando la Administración ejerce sus funciones en materia de subvenciones, porque la observancia estricta y rigurosa de las reglas procedimentales es presupuesto de que la decisión administrativa se adopte con los criterios de racionalidad, objetividad, transparencia y no discriminación.”

B) Los vicios de forma y sus consecuencias invalidantes

a) Graduación triple de la invalidez en los supuestos de infracción de normas procedimentales

A esto se refiere literalmente la STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2007, Ar. 132705, cuando, siguiendo jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, alude a que la infracción de normas procedimentales puede graduarse de una triple forma en cuanto que puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta de trámites esenciales [artículo 62.1.e) LRJPAC], o si se está ante un procedimiento sancionador, por participar de la indefensión prevista en el artículo 24.1 de la Constitución en relación con los diferentes contenidos del párrafo 2 [artículo 62.2.a)]; fuera de este supuesto la indefensión puede constituir un simple motivo de mera anulabilidad (artículo 63.2 *in fine*) o bien, como última manifestación, puede dar lugar a una mera irregularidad no invalidante ya que por tratarse de una simple infracción de tipo formal y no real o material es susceptible de subsanación bien sea en vía administrativa previa o bien por los propios trámites del proceso judicial. En consecuencia, considera el Tribunal que fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones de procedimiento que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material por dictarse una resolución contraria a sus intereses sin haber podido alegar o no haber podido probar.

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Revisión de oficio

a) Constituye una revisión de oficio la revocación de una subvención concedida cuando su otorgamiento infringía el ordenamiento jurídico

Así lo declara la STS de 23 de mayo de 2007, Ar. 3319, que considera que éste es el “único procedimiento viable en nuestro ordenamiento jurídico para proceder a la revisión de los actos considerados ilegales que sean declarativos de derechos”. En estos términos se pronuncia el TS en un supuesto en el que una subvención fue retirada por la Administración concedente después de seguir un procedimiento por incumplimiento de condiciones, cuando el particular no había incurrido en ningún incumplimiento, y había incluso

comunicado las subvenciones obtenidas con anterioridad, pero cuya cantidad excedía de los límites fijados para obtener una nueva subvención.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 3 de mayo de 2007**, Ar. 4389, para el caso del acto de revocación por parte de la Administración del reconocimiento de un concreto régimen tarifario, que suponía un acto favorable con respecto a la empresa recurrente.

b) Procedimiento legalmente previsto para la inadmisión de la revisión de oficio

Como aclara la **STS 23 de abril de 2007** (recurso 2378/2002), la Ley 30/1992 prevé la posibilidad de que la Administración, mediante resolución motivada, acuerde la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado, cuando la solicitud formulada por los interesados no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 LRJPAC o carezca manifiestamente de fundamento.

B) Recursos administrativos

a) Las resoluciones por las que se desestimaban en 1996 los recursos de alzada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, no eran, a su vez, susceptibles de recurso de reposición

Ésta es la interpretación de la Disposición Transitoria Segunda, apartado 1, de la Ley 30/1992, que realiza el Tribunal Supremo en la **STS de 13 de junio de 2007**, en la que se sostiene que al haber desaparecido el recurso de reposición del nuevo sistema de recursos —aunque, posteriormente, la Ley 4/1999, de 13 de enero, volviese a introducirlo con carácter potestativo—, no podía ser válidamente deducido contra las decisiones que, precisamente por desestimar los de alzada, ponían fin a la vía administrativa.

b) No constituye “un error de hecho resultante de los propios documentos incorporados al expediente” como supuesto en el que cabe interponer el recurso administrativo extraordinario de revisión, el que la Administración hubiera dictado una resolución fuera del plazo legalmente establecido

Así lo considera la **STS de 6 de junio de 2007**, cuando se pronuncia sobre la legalidad de la inadmisión de un recurso extraordinario de revisión por la Oficina Española de Patentes y Marcas interpuesto contra la denegación de registro de una marca internacional para un determinado producto.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Determinación del concepto de “poder adjudicador” en el ámbito de las Directivas Comunitarias. B) Las prohibiciones de contratar resultan igualmente de aplicación a la figura del Agente Urbanizador regulado en la legislación autonómica valenciana. **3. Ejecución de los contratos.** A) Aplicación de los principios generales en la interpretación de los contratos. B) Imposibilidad de acordar una revisión de precios si el retraso en la ejecución es, al menos parcialmente, imputable al contratista. C) Responsabilidad del contratista por daños a terceros.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo a junio de 2007, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional, sin que de estos dos últimos órganos jurisdiccionales se hayan publicado sentencias relevantes.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Determinación del concepto de “poder adjudicador” en el ámbito de las Directivas Comunitarias

La STJCE de 14 de junio de 2007, Ar. 138, reiterando su doctrina, afirma que 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 estarán 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. Esta doctrina determina que un poder adjudicador no pueda, como en el supuesto contemplado en la Sentencia, descartar una oferta que cumpla los requisitos del anuncio de licitación fundándose en motivos no previstos en el citado anuncio y que

se invocaron con posterioridad a la presentación de dicha oferta. En el supuesto concreto se trataba de la posterior exclusión de un producto farmacéutico. El Tribunal determina que en tal supuesto el órgano de contratación debería haber recurrido al organismo nacional competente de control sanitario, procediendo posteriormente a suspender el procedimiento de adjudicación con vistas a la aplicación del procedimiento de salvaguardia previsto en la Directiva 93/42 y a esperar el resultado de este último procedimiento, salvo que concurran circunstancias de urgencia que justifiquen la continuación de la licitación con exclusión del principio de libre circulación de mercancías.

B) Las prohibiciones de contratar resultan igualmente de aplicación a la figura del Agente Urbanizador regulado en la legislación autonómica valenciana

Como establece terminantemente la STS de 27 de marzo de 2007, Ar. 3149, la adjudicación de una actuación urbanística a la figura del Agente Urbanizador, a pesar de estar regulado en una norma de carácter “urbanístico”, debe configurarse como un contrato administrativo, por lo que resultan de aplicación igualmente las prohibiciones de contratar. En concreto, el Alto Tribunal señala que

“(…) En nuestra reciente Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4245/2003) hemos declarado plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los Programas de Actuación, prevista en el artículo 47 de la mentada Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, los criterios establecidos en los artículos 87 y 89.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que vino a incorporar el texto de la Directiva 93/37/CEE, en materia de contratos de obras, al ordenamiento interno español, preceptos que, según hemos señalado, repite el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (artículos 86 a 88.2).

No existe causa alguna para apartarnos ahora de ese criterio jurisprudencial en lo relativo a las prohibiciones para contratar, recogidas en el artículo 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y reproducidas en el artículo 20 de su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, razones todas que nos llevan a desestimar ambos motivos de casación invocados por la representación procesal del Ayuntamiento de Novelda. (...)”

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Aplicación de los principios generales en la interpretación de los contratos

La STS de 4 de abril de 2007, Ar. 2000, reitera la doctrina del Tribunal referida a que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte

que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado.

B) Imposibilidad de acordar una revisión de precios si el retraso en la ejecución es, al menos parcialmente, imputable al contratista

La STS de 2 de abril de 2007, Ar. 4079, confirma la adecuación a Derecho de la denegación por el órgano de contratación de la revisión de precios en un contrato de obra. A pesar de haberse producido una considerable demora en la ejecución del contrato, la Administración no acordó su resolución sino que otorgó distintas prórrogas a la empresa adjudicataria permitiéndole que de ese modo cumplierse el contrato. A la vista de los hechos acaecidos, el Alto Tribunal considera cierto que la causa de alguna de esas prórrogas en un momento inicial de la ejecución del contrato pudieron no ser imputables a la contratista, pero posteriormente, por causa a ella únicamente imputable, se suspendió la ejecución del contrato al menos en una ocasión y por un plazo superior a un año, lo que hizo imposible que el mismo se ejecutase al ritmo previsto y que concluyese en el plazo establecido. Este dato justifica la denegación de la revisión de precios.

C) Responsabilidad del contratista por daños a terceros

La STS de 24 de mayo de 2007 (recurso de casación 5950/2003), reitera la doctrina de la Sala a tenor de la cual:

“(…) frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración sólo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma.

Por otra parte, ello no supone una carga especial para el perjudicado en cuanto a la averiguación del contratista o concesionario, pues el propio precepto señala que basta que el mismo se dirija al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el responsable de los daños, si bien, la consecuencia de todo ello es que la posterior reclamación ha de acomodarse al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto, sin perjuicio, claro está, de la impugnación ante la misma Administración cuando se discrepe de dicho pronunciamiento. (...)”

La sentencia comentada rechaza que en el supuesto concreto concurra dicha responsabilidad del órgano de contratación, puesto que los daños se produjeron por defectos en la ejecución o en el material empleado y por no realizarse las pruebas de carga, pero no se derivaron de vicios del proyecto, ni de órdenes directas provenientes de la Administración, sin que tampoco pueda estimarse producida una omisión del deber de vigilancia por parte de la Administración al no haber supervisado la calidad de los materiales empleados y haber permitido la puesta en funcionamiento de la conducción a falta de las preceptivas pruebas de carga o resistencia dado que, de una parte, el sujeto dañado fue quien especificó las características que debían reunir tanto los tubos como sus apoyos o anclajes y, de otra parte, la puesta en funcionamiento se produjo sin mediar la previa orden de la Administración, lo que a juicio del Alto Tribunal excluye que pueda imputársele negligencia en cuanto al deber de vigilancia.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Delegación de competencias de Comunidad Autónoma a entidad local. Nulidad del acuerdo municipal sobre alteración del planeamiento urbanístico que excede los límites de la delegación. 2. Administración local. Mancomunidades de municipios. El fomento del euskera no es un fin propio de una mancomunidad. 3. Colegios profesionales y profesiones tituladas. A) No cabe apreciar la desviación de poder en la creación del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid. B) Para ser candidato a presidente del Consejo General de Médicos no es requisito ser Presidente de Colegio Oficial. C) Equivalencia entre estudios de Ingeniero Técnico Industrial en España y Título de Universidad del Reino Unido. **4. Universidades. Los Catedráticos eméritos pueden ser nombrados miembros de las Comisiones de habilitación nacional, pero para poder ser Presidente o Secretario de las mismas es preciso ostentar la condición de funcionario, condición que los eméritos dejan de tener por su jubilación.**

1. DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DE COMUNIDAD AUTÓNOMA A ENTIDAD LOCAL. NULIDAD DEL ACUERDO MUNICIPAL SOBRE ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO QUE EXCEDE LOS LÍMITES DE LA DELEGACIÓN

La Junta de Andalucía interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almuñécar de 25 de febrero de 2000, sobre la aprobación definitiva de varias modificaciones puntuales del PGOU, por las que se dotaba a diversas parcelas de un uso hotelero. La STSJ de Andalucía de 9 de abril de 2007, Ar. 306, estima dicha impugnación por incurrir el acuerdo en nulidad de pleno derecho por vicio de incompetencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La Junta de Andalucía sustenta su recurso en la afirmación de que no estamos ante una modificación puntual del planeamiento, sino ante una revisión del mismo, por la trascendencia y número de modificaciones efectuadas. La revisión del planeamiento no es materia

delegada en el Ayuntamiento y, por tanto, las modificaciones aprobadas serían nulas. El Tribunal acoge esta interpretación, tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa a la delegación de competencias y al carácter de las alteraciones del planeamiento.

En relación con la delegación de competencias, la Sala recuerda lo afirmado por el Tribunal en Sentencias de 15 de abril y 11 de noviembre de 2003. El artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reconoce que las resoluciones o actos dictados por delegación, se consideran dictados por el órgano delegante que es aquí la Junta de Andalucía. El artículo 103 de la misma Ley 30/1992, determina la posibilidad de que la Administración autora de un acto declarativo de derechos, pueda proceder a su anulación, a través del procedimiento de revisión contemplado en el precepto, previa la declaración de lesividad del acto. Sin embargo, en este supuesto no estamos en presencia de un acto de un ente local realizado por delegación de la Comunidad Autónoma andaluza, y que por tanto se entendería realizado por ésta a través de su órgano competente en la materia. De haber sido así, la Comunidad Autónoma sólo hubiera podido anularlo de *motu proprio* a través, precisamente, del procedimiento articulado en el precepto anteriormente citado, y no ejercitando una acción en proceso judicial contra un órgano de la Administración local, pues en este caso se pretendería la anulación del acto realizado materialmente por ésta, pero en virtud de delegación del órgano autonómico formalmente autor del acto.

Continúa el Tribunal recordando la problemática planteada por los actos dictados por delegación a efectos de revisión de oficio, así como las implicaciones que sobre autonomía local tiene la revisión de oficio, pues cuando se trate de actos dictados por entidades locales en virtud de facultades delegadas en ellas por las Comunidades Autónomas, no elimina la necesidad de la previa declaración de lesividad, requisito exigido por el artículo 19.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para poder admitir un recurso contencioso sobre este tipo de actos.

Entrando en el carácter de las alteraciones del planeamiento, ha de entenderse por revisión del planeamiento general la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de su capacidad. En cambio, el ámbito propio de la modificación de estos planes se circunscribe, manteniendo su subsistencia, a corregir alguno o algunos de sus elementos, adecuando la ordenación urbanística a las exigencias de la realidad, todo ello porque el urbanismo no es totalmente estático sino dinámico y operativo. En el supuesto contemplado, la entidad de las modificaciones reiteradamente realizadas en el PGOU supone un cambio sustancial en la ordenación del mismo, que debe considerarse como un supuesto de revisión del planeamiento.

En consecuencia, el acuerdo impugnado excede materialmente de las competencias delegadas por el Consejero de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, entre las que sólo se incluyen la aprobación de-

VI. Organización Administrativa

finitiva de aquellas modificaciones de elementos del PGOU o de las Normas Subsidiarias de Planeamiento que no impliquen revisión de las mismas, no alteren la estructura general y la orgánica del territorio municipal y no afecten a la clasificación del suelo, a la modificación de sistemas generales, de su adscripción o de su clasificación del suelo, ni al suelo no urbanizable. En definitiva, la aprobación de esta modificación sustancial y encubierta del PGOU de Almuñécar, en cuanto que constituye una verdadera revisión del mismo, correspondería a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Granada, al tratarse de una competencia no delegable ni delegada en el Ayuntamiento.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL. MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS. EL FOMENTO DEL EUSKERA NO ES UN FIN PROPIO DE UNA MANCOMUNIDAD

La STS de 17 de abril 2007, Ar. 131316, desestima con imposición de costas el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ezkio-Itxaso contra la Sentencia de 19 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que anulaba el Acuerdo del Pleno de este Ayuntamiento de 10 de octubre de 2000 por el que se adhería a la Mancomunidad de Municipios Euskaldunes (UEMA) y aprobaba sus Estatutos.

En relación con la legitimación del Estado para esta impugnación, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina, contenida entre otras en la STS de 13 de octubre de 1998. Según dicha sentencia “los artículos 65 y 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, prevén la legitimación tanto de la Administración del Estado como de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que infrinjan el ordenamiento jurídico. Esta duplicidad de Administraciones legitimadas, que tiene su explicación en la estructura compleja del Estado español, en el que las entidades locales son elementos de la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas, y constituye, en Derecho comparado, una peculiaridad del sistema de control de legalidad de los actos de dichas entidades, no supone, sin embargo el reconocimiento de una legitimación absoluta e indiferenciada de ambas Administraciones. Es, por el contrario, una legitimación que responde a la naturaleza bifronte del régimen jurídico de las entidades locales, en cuanto Estado y Comunidades Autónomas concurren a su determinación. De esta manera, se legitima a uno y otras en función del ordenamiento eventualmente infringido, bien por ser materia en la que es competente el Estado o la Comunidad Autónoma (artículo 65 LBRL), o bien por invasión del respectivo ámbito de competencias (artículo 66 LBRL). Éste es, en definitiva, el criterio que inspira a ambos preceptos cuando se refieren al ámbito de sus respectivas competencias y a los actos y acuerdos de las entidades locales que menoscaban competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades. En consecuencia, como refleja la sentencia impugnada, a la Administración del Estado, a través de la legitimación procesal que le atribuyen los indicados preceptos de la LBRL, le corresponde el control de legalidad para impugnar acuerdos de los Entes locales que infrinjan la legislación del Estado o aquellos que invadan competencias propias de la Administración estatal”.

Entrando en el fondo del asunto, entiende el Tribunal que las Mancomunidades de Municipios se constituyen para la realización de obras y la prestación de servicios. Es claro que el desarrollo y fomento del uso del euskera no puede estimarse que suponga la realización de una obra pública. En cuanto a que se entienda que constituye la prestación de un servicio a la población de los municipios afectados, ello sería discutible en términos abstractos, pues sólo podría admitirse manteniendo una concepción amplísima de la noción de servicio público. Pero las Mancomunidades de entes locales sólo pueden constituirse de forma válida para la realización de fines que consistan en la prestación de servicios de competencia municipal. El fomento y desarrollo del uso del euskera no es competencia de los municipios, pues de forma inequívoca tal competencia corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco, según establece el artículo 6 del Estatuto de Autonomía. La misma Sala se ha pronunciado ya sobre esta misma cuestión en las Sentencias de 10 de febrero de 2000, 27 de octubre de 2000, 12 de diciembre de 2000, 21 de junio de 2006 y 3 de julio de 2006.

No puede defenderse, continúa la Sala, que el acuerdo por el que se determina la adhesión del municipio a la citada mancomunidad y se aprueban sus estatutos pueda ser calificado de acto de trámite, pues tiene entidad suficiente para ser susceptible de impugnación, dado que se trata de un acto definitivo de una Corporación Local que expresa una decisión de esa Corporación, que en buena medida le afecta en el futuro al acordarse la incorporación a una determinada Mancomunidad.

En consecuencia, el recurso de casación debe ser desestimado, porque no sólo determinadas normas de los Estatutos de la Mancomunidad son contrarias a Derecho, sino que la constitución de la Mancomunidad misma contraviene el ordenamiento jurídico, por lo que no pueden entenderse válidos ni los Estatutos ni el acto municipal de aprobación de los mismos.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) No cabe apreciar la desviación de poder en la creación del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid

La STS de 26 de abril de 2007, Ar. 131141, viene a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TSJ de Madrid que desestimaba el recurso interpuesto contra Decreto 62/1999, sobre creación del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid.

Se discute en esta instancia lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicho Decreto en cuanto establecía que, una vez constituido su Órgano de Gobierno, el Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de sus funciones, podrá confirmar, en su caso y si procediere, los actos adoptados por el Órgano procedente y de igual denominación que ha venido funcionando hasta la fecha como Órgano desconcentrado del Consejo General de la Abogacía española.

VI. Organización Administrativa

Los recurrentes entienden que el apartado 2º de la Disposición Transitoria Segunda ha incurrido en desviación de poder y va más allá de la norma habilitante, por muy estimable que sea su intención, pues según el artículo 22 de la Ley de Colegios 19/1997, de la Comunidad de Madrid, ésta tiene competencia tan sólo para decidir la creación de un Consejo de Colegios, mientras que en el precepto impugnado se estaría dando cobertura a las actuaciones de un órgano anterior, nacido de un Consejo General de la Abogacía, en cuyo origen nada tuvo que ver la Comunidad de Madrid y que, por tanto, habría sido creado por órgano incompetente.

El TS considera que del propio tenor de la Exposición de Motivos del Decreto resulta que en el mismo se hace una mención expresa a la necesidad de que haya una solución continuada entre el denominado Consejo de Colegios de la Comunidad de Madrid y el nuevo Consejo que se crea en el Decreto, y ésta es la razón de la regulación que se contempla en el párrafo 2º de la Disposición Transitoria impugnada, que por tanto no se basa en una oculta intención, ni tiene una causa ilícita, ni se ha dictado con una finalidad distinta a la pretendida por el Decreto. Por todo ello y a la vista de la jurisprudencia sobre la materia, resulta obvio que no cabe apreciar la desviación de poder pretendida por los recurrentes y más si tenemos en cuenta que la Disposición Transitoria Segunda no establece una confirmación automática de todos los actos adoptados por el órgano procedente, sino que se limita a prever la posibilidad de que el Órgano de Gobierno del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid, creado por el Decreto 62/1999, en el ámbito de sus funciones, en su caso y siempre que fuera procedente, pueda confirmar los actos adoptados por el órgano desconcentrado del Consejo General de la Abogacía Española.

B) Para ser candidato a presidente del Consejo General de Médicos no es requisito ser Presidente de Colegio Oficial

El Tribunal Supremo en STS de 3 de abril de 2007, Ar. 112196, viene a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TSJ de Madrid que desestimaba el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de las Islas Baleares contra acuerdo adoptado por el Consejo General de Colegios de Médicos sobre proclamación de candidatos a Presidente del Consejo General.

El Colegio Oficial de Médicos recurrente considera que deben anularse determinadas candidaturas por no ostentar los candidatos la Presidencia de los Colegios profesionales de médicos. Defiende el recurrente que el precepto que exige ser elector para ser elegible es aplicable también a los Consejos Generales de los Colegios y no sólo a estos últimos.

Si bien el TS hace referencia a la Sentencia de 4 de octubre de 1979, que podría amparar la tesis sustentada por la Corporación recurrente al no admitir la cobertura a la presentación de un candidato a Presidente de una organización colegial por no ostentar la condición de elector ni elegible, se trata de un pronunciamiento aislado y superado por la correcta y reiterada doctrina aplicada por la Sala de instancia. No puede hablarse de jurisprudencia contradictoria cuando se invoca un solo pronunciamiento de 1979 frente a tres dictados en el año 2002 que ya constituyen doctrina reiterada y consolidada.

El TS considera que la convocatoria atendió a lo establecido en los Estatutos de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales, plenamente vigentes en el momento de la convocatoria, cuya exigencia de condiciones, artículo 5, para ser elegible en el Consejo General era estar colegiado, en ejercicio de la profesión y no estar incurso en ninguna de las incompatibilidades previstas en la Ley de Colegios Profesionales y los Estatutos de la Organización Médica Colegial. Y considera no haber lugar el recurso de casación.

C) Equivalencia entre estudios de Ingeniero Técnico Industrial en España y Título de Universidad del Reino Unido

La STS de 16 de mayo de 2007, Ar. 2094, viene a declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TS de Justicia de Madrid, que rechazó la aptitud para ejercer en España la profesión de Ingeniero Industrial o Ingeniero Técnico Industrial presentando como título el Grado académico de Bachiller of Science in Technology Management with Second Class Honours Division 1ª obtenido en The University of Wales Institute del Reino Unido.

El TS precisa la diferencia entre la homologación de un título extranjero y su reconocimiento a efectos profesionales. El TS considera que al homologar un título extranjero el Estado, en principio, ha de contrastar sus características y compararlo con el oficial nacional en cuanto a contenido cuantitativo y cualitativo para decidir, finalmente, si lo equipara al título existente en España. La homologación supone “el reconocimiento en España de la validez oficial a los efectos académicos de los títulos de educación superior obtenidos en el extranjero”. Se trata, pues, de decidir si la formación acreditada a través de la posesión del título extranjero guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En cambio, en el reconocimiento profesional de títulos, a diferencia de la homologación académica, no se comparan ya programas de formación, sino actividades profesionales. Se trata ahora de reconocer un título extranjero a efectos de ejercer, en el país de acogida, una actividad profesional concreta. Por ello, lo determinante es la comprobación de la identidad entre la actividad profesional que el interesado está facultado a ejercer en el país que ha expedido el título y aquella que desea ejercer en el Estado de acogida. Puede entonces la Administración, sobre la base del análisis del contenido de la formación adquirida en otro país —al margen, por tanto, de la homologación académica del título en sí mismo— resolver, sin más, que el interesado está cualificado para ejercer en España una determinada profesión o puede, en otros casos, imponer condiciones adicionales a modo de mecanismos correctores o de compensación (como por ejemplo, pruebas de aptitud) para apreciar aquella cualificación profesional.

A la vista de la documentación presentada y del informe emitido por el Subdirector General de la Promoción y Estrategias Industriales se deduce la existencia de una equivalencia sustancial entre los estudios realizados y los correspondientes al título español de Ingeniero Técnico Industrial. No ocurre lo mismo en relación con la de Ingeniero Superior. En consecuencia el TS procede a declarar el reconocimiento del título a los efectos del ejerci-

VI. Organización Administrativa

cio de la profesión de Ingeniero Técnico Industrial, debiendo resolver la Administración para el reconocimiento del título a los efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial Superior.

4. UNIVERSIDADES. LOS CATEDRÁTICOS EMÉRITOS PUEDEN SER NOMBRADOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES DE HABILITACIÓN NACIONAL, PERO PARA PODER SER PRESIDENTE O SECRETARIO DE LAS MISMAS ES PRECISO OSTENTAR LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO, CONDICIÓN QUE LOS EMÉRITOS DEJAN DE TENER POR SU JUBILACIÓN

La SAN de 29 marzo 2007, Ar. 299, desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra Resolución de la Presidencia del Consejo de Coordinación Universitaria de 5 de mayo de 2002, sobre publicación de la composición de la comisión juzgadora de las pruebas de habilitación previas para el acceso al Cuerpo de Profesores Titulares de la Universidad. El recurrente, profesor emérito de la UNED, presentó escrito de reclamación, que fue desestimado, contra la resolución de 14 de marzo de 2005 de la Presidencia del Consejo de Coordinación Universitaria, por la que se nombraban las comisiones titulares y suplentes de las pruebas de habilitación nacional, por no haber sido incluido en el sorteo a dichas comisiones, pese a su condición de profesor emérito que le confería derecho a formar parte de estas listas.

El tema de la participación de los profesores eméritos como miembros de las comisiones juzgadoras de las pruebas de habilitación nacional de referencia ha sido abordado ya en otras ocasiones, estimando en su momento la Audiencia Nacional que la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades señala (artículo 57.4) que las pruebas de habilitación nacional “serán juzgadas por Comisiones compuestas por siete profesores del área de conocimiento correspondiente o, en su caso, afines, todos ellos pertenecientes al cuerpo de funcionarios docentes universitarios de cuya habilitación se trate, o de cuerpos docentes universitarios de iguales o superiores categorías” señalando a continuación que “los miembros de las Comisiones de habilitación serán elegidos por sorteo público realizado por el Consejo de Coordinación Universitaria y según el procedimiento que reglamentariamente establezca el Gobierno. Actuará de Presidente el Catedrático de Universidad más antiguo o, en su caso, el Profesor Titular de Universidad o Catedrático de Escuelas Universitarias más antiguo”. La composición de esta Comisión se desarrolla en el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a los Cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos, y su artículo 6, tras sentar la norma general consistente en que para formar parte de dicha Comisión es necesario ser funcionario en activo (“En ningún caso podrán formar parte de las Comisiones, los profesores jubilados con anterioridad a la fecha a que se refiere el párrafo anterior”) excepciona el supuesto de los funcionarios docentes jubilados que hayan sido contratados como eméritos, si bien establece un límite máximo de tales profesores en cada una de las comisiones, al señalar que “no podrá haber más de un profesor emérito en cada Comisión de habilitación”. No cabe duda, por tanto, que los eméritos pueden formar parte de dichas comisiones como excepción a la regla general que determina que han de ser funcionarios en activo. Ahora bien, cuando establece los

requisitos que han de reunir el Presidente y el Secretario de dicha Comisión exige la condición de “funcionario de cuerpo docente universitario” al afirmar literalmente (artículo 6.5 del Real Decreto) que “el Presidente de la Comisión será el funcionario de cuerpo docente universitario, miembro de ella, más antiguo, de los pertenecientes al cuerpo de superior categoría del área de conocimiento objeto de la prueba”. No cabe duda que el recurrente en su condición de Catedrático emérito puede ser nombrado miembro de la Comisión, pero no es menos cierto que para poder ser Presidente o Secretario de la misma es preciso que ostente la condición de “funcionario”, que dejó de tener por su jubilación. No obstante, en el asunto que nos ocupa, el recurso es desestimado al no haber impugnado oportunamente la parte actora la lista de sorteables de la que fue excluido, sino el resultado del sorteo, consintiéndola así implícitamente al tratarse de un acto de trámite cualificado, siendo extemporánea cualquier queja posterior que sobre el particular pudiera levantar el interesado.

PEDRO A. MARTÍN PÉREZ

JESÚS DEL OLMO ALONSO

VANESA RODRÍGUEZ AYALA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Principio de legalidad y publicidad de las normas: no es necesaria la publicación en el BOE de las leyes autonómicas sancionadoras para su validez. B) Imposición de una sanción inferior a la legalmente prevista: no vulnera el principio de legalidad. C) Prohibición de las interpretaciones imprevistas del tipo. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Se extiende también al plazo de prescripción.** **4. Antijuridicidad. Ejercicio legítimo del derecho a una libertad de expresión reforzada cuando se vincula con el derecho de defensa.** **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad. Error invencible de prohibición que excluye la culpa: dificultad de que concurra en profesionales respecto de las normas reguladoras de sus actividades.** **6. Sujetos responsables. Pluralidad de sujetos responsables por unos mismos hechos y con responsabilidades separadas.** **7. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Infracción continuada. B) Concurso medial de infracciones. C) Hechos relacionados, aunque distintos. D) La sanción administrativa impuesta en tanto se tramita un proceso penal por los mismos hechos es nula por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) El derecho a ser informado de la acusación no comporta que deban precisarse de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica en el pliego de cargos. B) Vicios en la notificación de la imputación que vulneran el derecho a ser informado de la acusación. C) En las actuaciones previas no es aplicable el principio contradictorio que debe garantizarse posteriormente en el seno del procedimiento. D) El imputado no tiene derecho a estar presente y participar en las actuaciones realizadas de oficio por el instructor una vez incoado el procedimiento y antes de la fase de prueba, pero sí a examinar el resultado de dichas actuaciones y alegar al respecto lo que entienda conveniente. E) Adaptación y aplicación matizada del principio de inmediación en el procedimiento sancionador. **9. En especial, la prueba y la presun-**

ción de inocencia. A) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia. B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos. C) Valor probatorio de actas de inspección, denuncias de agentes de la autoridad y partes militares. D) Carga de la prueba de la tipicidad de la conducta. **10. La resolución del procedimiento sancionador.**

A) La imposición de una sanción en su grado mínimo no requiere una motivación especial. B) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito. Divergencias jurisprudenciales. C) Notificación defectuosa de la resolución sancionadora: no tiene efectos invalidantes si el sancionado interpuso en tiempo un recurso pertinente. **11. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador. *Dies ad quem* del cómputo del plazo de caducidad: el de la notificación personal de la resolución y no el de la notificación edictal si ésta no era procedente.**

12. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones. A) La determinación de la sanción como un proceso discrecional y el juego del principio de proporcionalidad. B) A falta de circunstancias modificativas, se acepta la imposición de la sanción en su mitad inferior. C) Circunstancias agravantes: premisas para su aplicación. **13. Extinción de la responsabilidad por prescripción.**

A) Prescripción de la infracción. B) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado. C) Reanudación del plazo de prescripción cuando éste ha estado suspendido por la tramitación de un proceso penal por los mismos hechos: *dies a quo*.

14. Extinción de la responsabilidad sancionadora por muerte o disolución de la persona jurídica. 15. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.

A) La indefensión en el procedimiento administrativo sancionador no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo. B) El acto de iniciación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnable jurisdiccionalmente. C) Reducción de la cuantía de la multa con una mera referencia genérica a los datos obrantes en el expediente como motivación. D) Sustitución o modulación de la sanción, aunque con motivación. E) La sustitución en sede jurisdiccional del tipo infractor aplicado por la Administración vulnera el derecho de defensa del sancionado. F) No puede pedirse en un proceso que se declare caducado un expediente sancionador sin pedirlo previamente a la Administración en casos en que no existe resolución final impugnada.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La revocación del nombramiento de “Presidente de Honor del Consejo General de los Colegios de Graduados Sociales de España”. El Sr. Joaquín fue nombrado “Presidente de Honor del Consejo General de los Colegios de Graduados Sociales de España”, cargo honorífico no previsto en los estatutos de dicho Consejo General. Posteriormente, debido a su conducta contraria a los intereses del Consejo General, se acordó destituirlo de dicho cargo, sosteniendo que dicha destitución suponía un simple acuerdo de revocación del nombramiento, no una sanción. La **STS de 29 de marzo de 2007**, Sala Sexta, Ar. 1927, considera decisivo para determinar la naturaleza del acto, sin embargo, el hecho de que “la resolución (...) 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”, lo que determina la naturaleza de acto administrativo sancionador de la resolución por la que se destituyó al Sr. Joaquín. La sentencia constata algo más adelante que la privación del cargo honorífico “se hace a modo de sanción, cuando tal sanción no aparece tipificada, como tampoco lo está la infracción que aparentemente se le imputa”, motivos por los que declara la nulidad de medida adoptada. No obstante, finalmente, aclara que “la nulidad de la concreta resolución impugnada no prejuzga ni condiciona cuantos ulteriores acuerdos puedan tomarse en relación a la privación del honor en su día concedido, que en ningún caso podrá ser impuesta como sanción”. Esto es, la naturaleza sancionadora del acto parece que se hace depender de la forma que la Administración haya seguido para adoptarlo y no de elementos intrínsecos a éste, razonamiento que causa cierta sorpresa.

B) Actos que no constituyen sanción

– La resolución administrativa por la que se acuerda la prohibición de contratar de una empresa en el ámbito de las Administraciones públicas, como consecuencia de haber presentado unas certificaciones falsas. Así lo afirma la **STS de 30 de enero de 2007**, Sección Cuarta, Ar. 830, que, no obstante, menciona que alguna sentencia anterior del propio TS había declarado la naturaleza sancionadora de esta resolución.

– La pérdida de la condición de militar que la Administración acuerda como consecuencia directa de la pena de inhabilitación especial que le impuso un órgano jurisdiccional penal (**STS de 12 de febrero de 2007**, Sección Séptima, Ar. 856).

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Principio de legalidad y publicidad de las normas: no es necesaria la publicación en el BOE de las leyes autonómicas sancionadoras para su validez

Un administrado fue sancionado por vallar un terreno de su propiedad con el fin de que pastaran sus cabras dentro, hechos constitutivos de dos infracciones de la Ley vasca

5/1989, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. Dado que la Ley, siguiendo la práctica habitual de las leyes vascas, no había sido publicada en el BOE, el sancionado alegó la nulidad de las sanciones por inconstitucionalidad de la Ley sancionadora. La **STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2005**, Ar. 237 de 2007, considera, sin embargo, que “debe rechazarse el alegato efectuado de vulneración de la preceptiva publicidad de las normas a que se refiere el artículo 9.3 CE al haber sido publicada la Ley 5/1989 en el Boletín Oficial del País Vasco cumpliendo así la exigencia contenida en el artículo 2.1 del Código Civil, en tanto que la publicidad a través del Boletín Oficial del País Vasco es la prevista para las normas que tienen como destinatarios a la generalidad de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma en orden a lograr la precisa funcionalidad perseguida”.

B) Imposición de una sanción inferior a la legalmente prevista: no vulnera el principio de legalidad

De conformidad con la legislación aplicable, la comisión de una infracción grave en materia de caza debía sancionarse con multa de 601,02 a 6.010,11 euros y la retirada de la licencia de caza e inhabilitación para obtenerla y poseerla por un plazo de entre dos y tres años. La Administración sancionadora, sin embargo, impuso al infractor una sanción pecuniaria de 601,02 euros y la inhabilitación por el plazo de un año –por tanto, inferior al mínimo legalmente establecido–. Tampoco menciona la resolución sancionadora especiales circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad que justificaran dicha reducción por debajo de la sanción mínima legal. La **STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2006**, Ar. 6 de 2007, aclara que “la circunstancia de imponerle un tiempo de privación inferior al contemplado es un hecho que claramente beneficia al demandante pero que no priva de validez a la sanción impuesta y que en modo alguno afecta a los principios de legalidad y tipicidad al estar legalmente prevista la sanción privativa de derechos en la norma sancionadora, por lo que la sanción, mucho más beneficiosa de la que correspondía, debe mantenerse”.

Bien distinto es el planteamiento que contiene la **SAN de 14 de diciembre de 2006**, Sección Primera, Ar. 176 de 2007, en un supuesto donde incluso esta posibilidad de reducción está legalmente prevista. El artículo 45.4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, prevé que “si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”. La Sala sostiene que “es ésta una regla que debe aplicarse con exquisita ponderación, y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor de justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado (inferior al que correspondería). Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (...) y concretos”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) Prohibición de las interpretaciones imprevisibles del tipo

La STC 116/2007, de 21 de mayo, Sala Primera (recurso de amparo), recuerda que “resulta contrario a las exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones que se aparten del tenor literal del precepto o que resulten esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios, sea por su soporte metodológico, al derivar de una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o axiológico, al partir de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional (por todas, STC 6/2006, de 16 de enero)”.

Pues bien, es eso lo que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006, Ar. 127 de 2007, no aprecia que concurra en el caso de autos. El armador de un barco fue sancionado por una infracción grave tipificada en la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante por la realización de “vertidos contaminantes”. El sancionado alegó que los hechos, consistentes en el vertido de desperdicios y restos de comida, no encajaban en el tipo infractor, al no ser “contaminantes”. La Sala reconoce que “del contenido de la denuncia (...) puede desprenderse que lo arrojado no fuera precisamente *contaminante* en el sentido que parece recoger la norma”. Pero añade: “al resultado contrario nos lleva un concepto amplio, como lo es el gramatical, verbo *contaminar* del Diccionario de la Real Academia Española (*alterar, dañar alguna sustancia o sus efectos la pureza o el estado de alguna cosa*)”, por lo que mantiene la calificación de los hechos como constitutivos de la infracción sancionada.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE. SE EXTIENDE TAMBIÉN AL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Ante un cambio en la norma que regula la prescripción de la acción para imponer sanciones —en concreto, en materia tributaria—, la STS de 20 de febrero de 2007, Sección Segunda, Ar. 720, se plantea si este tipo de normas tiene carácter sustantivo —procederá la retroactividad— o meramente procedimental —regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad—. Ante este planteamiento, la Sala concluye, citando doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del TS, que “la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior”.

4. ANTIJURIDICIDAD. EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A UNA LIBERTAD DE EXPRESIÓN REFORZADA CUANDO SE VINCULA CON EL DERECHO DE DEFENSA

Un abogado es sancionado con multa de trescientos euros por poner en duda la imparcialidad de un órgano judicial al incluir ciertas afirmaciones en un escrito a través del que se persona ante un Juzgado de Primera Instancia en un procedimiento de división de he-

rencia instado contra su cliente. La **STC 145/2007, de 18 de junio**, Sala Primera (recurso de amparo), por su parte, considera que “ninguna de las expresiones empleadas excede de los límites antes indicados de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, ya que el recurrente ponía de manifiesto sus dudas sobre el reparto de asuntos realizado en el Decanato de los Juzgados y a solicitar a la titular del órgano jurisdiccional que realizase algunas averiguaciones sobre el orden de despacho ordinario de los asuntos, lo que en absoluto puede considerarse descalificador o insultante”. Por tanto, “puede considerarse que las expresiones que se emplearon y la petición que se formuló se insertan dentro del ámbito propio del derecho de defensa y, por ello, se encuentran amparadas por esa concreta manifestación de la libertad de expresión, razón por la que procede otorgar el amparo solicitado” y, en consecuencia, anular la sanción impuesta.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD. ERROR INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN QUE EXCLUYE LA CULPA: DIFICULTAD DE QUE CONCURRA EN PROFESIONALES RESPECTO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE SUS ACTIVIDADES

La entidad mercantil UNI2 Telecomunicaciones, SAU, contrató con dos empresas distribuidoras la realización de las actividades relacionadas con la promoción y comercialización de sus servicios y las tareas ligadas a la contratación de los mismos. Las dos empresas distribuidoras, haciéndose pasar por técnicos de Telefónica, recabaron los datos de hasta trece clientes y falsificaron sus firmas, entregando a UNI2 trece contratos falsos, pero no las preceptivas fotocopias de los DNI de los clientes, que UNI2 tampoco reclamó. En virtud de tales contratos, UNI2 procedió a incluir a los afectados en sus ficheros como clientes y a remitirles cargos por los servicios supuestamente contratados. Como resultado de estos hechos, la Agencia de Protección de Datos impuso a UNI2 dos sanciones, de 60.101,21 euros cada una, por la comisión de dos infracciones graves en materia de protección de datos relativas a la veracidad de los datos (artículo 4.3 LOPD) y al consentimiento del afectado (artículo 6). Entre otras alegaciones, UNI2 señala que actuó sin tener conciencia alguna de que su proceder fuera ilícito, por lo que habría sufrido un error de prohibición (artículo 14.3 CP). La **SAN de 14 de diciembre de 2006**, Sección Primera, Ar. 215 de 2007, acepta la aplicación del error de prohibición al ámbito administrativo sancionador, pero señalando la dificultad de dicha traslación y añadiendo que “especialmente respecto de los profesionales, difícilmente se les podrá atribuir un error invencible en cuanto al contenido y alcance de las normas reguladoras del desarrollo de sus funciones, y ello porque si la infracción se ha cometido por un profesional al cual, para ser tal, se le presumen ciertos conocimientos, no es posible que invoque eficazmente la ausencia de dichos conocimientos para excluir su culpabilidad”. Por lo tanto, y en atención a las circunstancias del caso, concluye que “la recurrente es una entidad a la que, por la habitualidad en la utilización de esta modalidad de contratación telefónica, es necesario suponer un adecuado conocimiento de los principios y garantías establecidos en nuestro ordenamiento para la celebración de esta clase de contratos”, lo que imposibilitaría la apreciación del error alegado.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

6. SUJETOS RESPONSABLES. PLURALIDAD DE SUJETOS RESPONSABLES POR UNOS MISMOS HECHOS Y CON RESPONSABILIDADES SEPARADAS

En un edificio en construcción incluido en el Conjunto Histórico de Córdoba se amplió el sótano en 90 m² por encima de lo autorizado. A raíz de tales hechos, la Junta de Andalucía sancionó, separadamente, a la promotora Luyfe, SL, a los arquitectos y al arqueólogo. Cada uno de los sancionados alega falta de culpabilidad, siendo, sin embargo, rechazadas tales alegaciones por la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 8 de noviembre de 2005, Ar. 236 de 2007, en atención a distintos criterios:

– Luyfe, SL, sostiene la inexistencia de culpa en su actuación dado que la construcción se realizó según las indicaciones técnicas del arqueólogo y de los jefes de obras. La sentencia rechaza tal causa de exculpación, dado que “era la principal interesada y beneficiada por las obras, y en su actuación existe al menos culpa *in vigilando* o *in eligendo*, debiendo haber velado y exigido que la actuación de los técnicos se ajustara a la actuación administrativa”.

– El arqueólogo señala que su actuación dependía de la dirección facultativa, que le habría informado verbalmente y propuesto una actuación lo menos lesiva posible. La sentencia también rechaza la exención de responsabilidad “pues es evidente que, en caso de que le propusieran un cambio técnico no permitido, en lugar de haber accedido a su realización debía haberse opuesto a la modificación, comunicándolo al dueño de la obra y a la Administración, y nunca haber permitido una actuación contraria a la autorización otorgada”.

– Finalmente, los arquitectos sostienen su desconocimiento de que se estaba realizando una excavación, pues la inspección inmediata correspondía a los aparejadores. La sentencia rechaza esta última alegación, recordando que los arquitectos eran los encargados de obra “correspondiéndoles su dirección y el deber de vigilar que la misma se ejecuta de acuerdo con el proyecto, por lo que si efectivamente desconocían la actuación como se afirma deben responder a título de culpa, por omisión de la diligencia que les era exigible en la dirección y vigilancia de la obra”.

7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) Infracción continuada

Lo es regar sin autorización durante tres noches seguidas (STSJ de Aragón de 29 de mayo de 2006, Ar. 101 de 2007).

B) Concurso medial de infracciones

En la ya comentada SAN de 14 de diciembre de 2006, Ar. 215 [crónica VII.5)], se enjuiciaba la decisión de la Agencia de Protección de Datos de imponer a UN12 Telecomunicaciones

dos sanciones por la comisión de dos infracciones graves en materia de protección de datos relativas a la veracidad de los datos (artículo 4.3 LOPD) y al consentimiento del afectado (artículo 6). UNI2 alega que el tratamiento de datos sin el consentimiento de los afectados debía considerarse un medio necesario para que se produjese el registro de datos inexactos. En consecuencia, se estaría en presencia de un concurso medial del artículo 77.1 *in fine* CP, por lo que procedería que se sancionaran las dos infracciones con una sola sanción impuesta en su mitad superior. La Sala no rechaza que la figura del concurso medial pueda ser trasladada al Derecho Administrativo sancionador, aunque considera que “la aplicación de tales categorías de derecho penal al derecho administrativo sancionador resulta dificultosa, por lo que se requiere un examen y resolución en cada caso en concreto”. No obstante, en lugar de entrar a enjuiciar si se trataba realmente de un concurso medial, la sentencia argumenta que, a pesar de la presentación de trece denuncias distintas, la Agencia de Protección de Datos “con una actuación claramente favorable a la entidad recurrente, en lugar de iniciar trece distintos procedimientos sancionadores susceptibles de haber concluido mediante trece distintas sanciones, todas ellas cometidas por UNI2, sin embargo acumuló todas las denuncias en un único expediente sancionador”, por lo que “no puede ahora dicha recurrente pretender una atenuación de la sanción en base a un supuesto concurso medial que, en el mejor de los casos (...), habría concurrido respecto de dos o tres de los supuestos”.

C) Hechos relacionados, aunque distintos

Se había condenado a un policía por un delito de prevaricación, pues había recibido por parte de un sujeto en un número indeterminado de ocasiones pequeñas cantidades de hachís y cocaína, y en ninguna de las ocasiones en que recibió las sustancias estupefacientes procedió a detener al sujeto que se las entregaba ni a poner los hechos en conocimiento de sus superiores o de otros agentes. Por su parte, la Administración, una vez declarado probado en la mencionada sentencia que el agente era consumidor de sustancias estupefacientes, le sancionó disciplinariamente por la falta grave consistente en “consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad”. La **STS de 22 de noviembre de 2006**, Sección Séptima, Ar. 585 de 2007, declara que no hay lesión de la garantía *non bis in idem* porque los hechos sancionados fueron distintos.

D) La sanción administrativa impuesta en tanto se tramita un proceso penal por los mismos hechos es nula por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador

Un ciudadano italiano fue detenido mientras arrojaba piedras y otros objetos contra un establecimiento Burger King de Barcelona, oponiendo una violenta resistencia en la que propinó patadas a los agentes que procedían a su detención. A raíz de estos hechos fue sancionado con la expulsión del territorio nacional, como autor de la infracción grave prevista en el artículo 53.f) de la LO 4/2000. No obstante, se habían iniciado diligencias penales por los mismos hechos ante la posible realización de actos contra el orden público encuadrables en varios tipos penales. Al respecto, la **STS de 9 de febrero de 2007**, Sección Quinta, Ar. 1885, recuerda la “regla de subordinación de la Administración a la actuación

VII. Derecho Administrativo Sancionador

jurisdiccional que determina que no puede pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración” y niega toda relevancia, a estos efectos, a la posible divergencia entre los bienes jurídicos protegidos por la norma penal y por la norma sancionadora, “porque la instrucción penal en curso tenía por objeto justamente determinar la participación y consiguiente responsabilidad del interesado en esos hechos”. En consecuencia, la sentencia concluye que “la resolución sancionadora impugnada es nula por infringir el artículo 25 de la Constitución en cuanto consagra el principio *non bis in idem* al haberse dictado sin esperar a la previa decisión de la Jurisdicción Penal”.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) El derecho a ser informado de la acusación no comporta que deban precisarse de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica en el pliego de cargos

Una jueza de Marbella sancionada disciplinariamente alega en amparo que se ha vulnerado su derecho a ser informada de la acusación pues no se concretaron en el pliego de cargos los hechos en que se fundamentó la imputación. Al respecto, declara la **STC 116/2007, de 21 de mayo**, Sala Primera (recurso de amparo), que:

“el derecho a ser informado de la acusación (...) en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena”.

Aplicando esta doctrina, la sentencia resuelve que “en el presente caso, (...) no sólo es que en el pliego de cargos hubiera una pormenorizada relación de los hechos imputados en relación con la infracción del artículo 417.8 LOPJ, sino que, además, dichos hechos fueron posteriormente concretados en la propuesta de resolución, frente a la que también existió la plena posibilidad de alegar”.

B) Vicios en la notificación de la imputación que vulneran el derecho a ser informado de la acusación

– La notificación de la imputación por edictos, si fue posible realizarla en el domicilio

Lo afirma, una vez más, la **STC 157/2007, de 2 de julio**, Sala Segunda (recurso de amparo), que enjuicia un supuesto idéntico al de las **SSTC 145/2004, de 13 de septiembre**, y **54/2003, de 24 de marzo**, de las que dimos cuenta en **JA**, núm. 20.VII.8.E) y núm. 26.VII.9.D), respectivamente. En el caso, el propietario de un vehículo es sancionado por incumplir el deber de identificar al conductor al tiempo de cometerse con él una supuesta infracción de aparcamiento. El requerimiento para identificar al conductor, la incoación del expediente sancionador y la sanción se intentaron notificar en su anterior domicilio

y, al resultar estos intentos infructuosos, se procedió a la notificación mediante edictos. La providencia de apremio sí se dirige al nuevo domicilio. El cambio de domicilio había sido inscrito en el padrón municipal dos años antes de la primera actuación:

“El ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión (...). La Administración, al no emplazar personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador pese a tener conocimiento o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del verdadero domicilio de aquélla, no ha actuado con la diligencia que le era exigible y ha generado a la recurrente en amparo, al impedirle ejercer el derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante.”

El TC concluye que es preferente la notificación personal si la Administración conoce el domicilio del imputado o éste es identificable a partir de los datos que obran o pueden deducirse del expediente.

En la misma línea, la **STC 175/2007, de 23 de julio**, Sala Primera (recurso de amparo). En el caso, al imputado por una infracción de pesca se le intenta notificar la incoación del procedimiento sancionador en un domicilio equivocado y, al resultar el intento infructuoso, se le notifica por edictos. La sanción sí se le notifica en su verdadero domicilio por conocerlo el empleado postal, a pesar de estar mal indicado en la notificación:

“ha de concluirse, pues, que la Administración, al no haber emplazado personalmente al demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador, pese a tener conocimiento de su domicilio, y haberle impuesto una sanción sin procedimiento contradictorio alguno, ha infringido el artículo 24.2 CE”.

– Notificar la propuesta de resolución a una extranjera en su centro de internamiento en lugar de a su letrada.

A una extranjera se le notifica una propuesta de expulsión del territorio nacional –por infracción grave de encontrarse irregularmente en España– en el centro de internamiento donde se hallaba, sin que se notifique a la letrada que la defendía en el procedimiento “pese a que la Administración conocía su dirección” y le constaba que ésa era su abogada desde el principio del procedimiento. Para la **STS de 14 de diciembre de 2006**, Sección Quinta, Ar. 147 de 2007, esta situación ha lesionado el derecho de defensa de la extranjera sancionada “de la que es razonable suponer que desconocía el idioma español, con las consiguientes dificultades para comprender lo que se le notificaba y actuar en consecuencia a la hora de defender eficazmente sus intereses”. Se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones, debiendo practicarse la notificación de la propuesta de resolución en el domicilio de la letrada.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) En las actuaciones previas no es aplicable el principio contradictorio que debe garantizarse posteriormente en el seno del procedimiento

El armador de un barco fue sancionado por realizar vertidos contaminantes. Los hechos, consistentes en el vertido de desperdicios y restos de comida en el cristal de la dársena del puerto, fueron constatados por un agente de la autoridad del Puerto de Jávea, quien levantó acta de infracción sin conceder audiencia al sancionado. Alegada por este motivo la vulneración de su derecho de defensa, recuerda la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006**, Ar. 127, que “sobre las diligencias de los agentes de la autoridad encaminadas a la detección de conductas infractoras —en este caso en materia de puertos— la norma no exige dar necesariamente audiencia previa a los afectados. Documentada la conducta en el boletín de denuncia o acta correspondiente, el procedimiento sancionador prevé trámites posteriores para el ejercicio del derecho de defensa”.

D) El imputado no tiene derecho a estar presente y participar en las actuaciones realizadas de oficio por el instructor una vez incoado el procedimiento y antes de la fase de prueba, pero sí a examinar el resultado de dichas actuaciones y alegar al respecto lo que entienda conveniente

La entidad mercantil Félix Santiago Melián, SL fue sancionada por una falta grave en materia de impacto ecológico. Una vez notificado el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, el instructor solicitó un informe técnico y determinada documentación que incorporó al expediente, sin que se citara a la imputada para estar presente e intervenir en la práctica de estas actuaciones. Posteriormente, inadmitió por impertinentes las pruebas propuestas por la imputada. La entidad sancionada alegó la vulneración de su derecho a estar presente en las actuaciones practicadas por el instructor, alegación que es, sin embargo, rechazada por la **STSJ de Canarias (Las Palmas), de 15 de diciembre de 2006**, Ar. 194 de 2007, pues “la apertura del período probatorio es una fase posterior y distinta de lo que son las primeras investigaciones y aportación de documentos (...). No existe un derecho de la parte denunciada a estar presente en las visitas (...) necesarias para los informes técnicos solicitados, ni un derecho a conocer la documentación que, en esa fase de iniciación, solicita el instructor a otras Administraciones. Existe, por el contrario, un derecho del denunciado a someter a contradicción el resultado de dichos informes y documentación incorporada al expediente, y el derecho a solicitar la práctica de aquellas pruebas que considere oportunas”. Como en el caso se privó a la expedientada de ese derecho, dice la sentencia que “estamos aquí ante una irregularidad invalidante (...) por no haber tenido la posibilidad de someterlo [el informe] a contradicción ni de proponer prueba respecto a sus conclusiones pues la apertura del período probatorio se rechazó cuando dicho informe no se había aún incorporado al expediente. Y, sin embargo, fue tenido en cuenta en la valoración de las pruebas practicadas que se llevó a cabo en la propuesta de resolución”.

E) Adaptación y aplicación matizada del principio de inmediación en el procedimiento sancionador

Un comandante del Ejército del Aire, sancionado disciplinariamente, alega que las exigencias predicables de los jueces togados militares deben ser también extendidas a los órganos instructores de los procedimientos disciplinarios militares. Al respecto, la **STS de**

20 de febrero de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 1801, que niega tal equiparación, declara que “muy especialmente (...) el principio de inmediación, como indica la Doctrina, no tiene la trascendencia que en el proceso penal, pues la sanción no la impone el instructor, que sólo se limita a proponer ésta (...). Se podrá argumentar que no carece de relevancia dicho principio en el procedimiento disciplinario, pues a la postre, la propuesta de sanción la hace el instructor en base a lo que ha oído y después de valorar las pruebas. Ciertamente, pero lo que cuenta finalmente a efectos sancionadores es la declaración obrante en el expediente y las demás pruebas que habrán de ser valoradas por la autoridad a quien corresponde sancionar y no por el instructor, de ahí que el principio de inmediación no tenga, sin restarle su importancia, el valor que adquiere en el proceso penal”.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia

Lo afirma la STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2006, Ar. 217 de 2006, que añade que dicha incoación “no contiene ningún pronunciamiento referente a la culpabilidad del presunto responsable, ni es generador de indefensión en cuanto precisamente permite el ejercicio en su seno del derecho de defensa por el interesado”.

B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos

Una jueza es sancionada por ocultación de incompatibilidad (artículo 417.7 LOPJ), pues había desempeñado su función judicial a pesar de que su padre y hermano poseían intereses económicos en Marbella, localidad con menos de cien mil habitantes, que por su arraigo podían obstaculizar su imparcialidad. En el recurso de amparo alega que la prueba indiciaria utilizada es insuficiente para desvirtuar su presunción de inocencia. Al respecto, la STC 116/2007, de 21 de mayo, Sala Primera (recurso de amparo), reitera su doctrina general:

“que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia”.

“En el presente caso, razona la sentencia, (...) la resolución impugnada hizo expreso, en relación con la infracción del artículo 417.7 LOPJ, que el conocimiento por la recurrente de la existencia de los amplios intereses económicos que ostentaban sus familiares directos

en su demarcación judicial se infería a partir de las buenas relaciones familiares, el hecho de que el precio de la vivienda en la que reside la recurrente fuera prioritariamente abonado por el padre, la apertura de dos procedimientos penales contra el padre derivados de su actividad societaria y mercantil, en uno de los cuales la recurrente hubo de abstenerse, la reconocida amistad mantenida con uno de los activos participantes en el entramado societario de la familia, que llevó a la recurrente a abstenerse en un procedimiento en que dicha persona fue parte, y la propia notoriedad pública que ha llegado a alcanzar la actividad económica desarrollada por sus familiares directos en el partido judicial de Marbella. De ese modo, se constata, por un lado, que la resolución sancionadora ha hecho explícito el proceso argumental para inferir, a partir de hechos objetivos perfectamente acreditados, el conocimiento que la recurrente tenía de los amplios intereses económicos de sus familiares en la demarcación judicial en la que desarrollaba su función y, por tanto, del deber que tenía de poner dicha circunstancia en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial. Y, por otro, que dicho proceso argumental no puede ser calificado de irrazonable ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido.”

C) Valor probatorio de actas de inspección, denuncias de agentes de la autoridad y partes militares

La jurisprudencia menor sigue atribuyendo a las actas de inspección y similares la presunción de que son ciertos los hechos que reflejan, salvo prueba en contrario. En el período analizado, a una denuncia de un funcionario del SEPRONA, la **STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2006**, Ar. 6 de 2007, le reconoce “una presunción de veracidad y certeza (...), compatible con el derecho constitucional a la presunción de inocencia (...); desde esta obligada perspectiva, la denuncia (...), acredita la infracción imputada”. Por su parte, al acta de infracción de un agente de la autoridad portuaria, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006**, Ar. 127, también le atribuye “esa presunción de veracidad, recogida en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992 (sic), y validada por bastante –y sobradamente conocida– jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (v.gr., STC 76/1990, de 26 de abril)”. También, insiste en la presunción de veracidad del contenido de las denuncias de la guardia civil la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo 2006**, Ar. 128 de 2007.

Sin embargo, utilizando unos argumentos más respetuosos con las exigencias que impone la presunción de inocencia, la **STS de 19 de febrero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 1775, declara que “el parte militar por sí solo puede constituir prueba plena o no serlo, según las circunstancias concurrentes, de suerte que en algunos casos el parte militar emitido al Mando sancionador por quien sea testigo de conocimiento de un hecho puede alcanzar valor probatorio de cara a enervar la presunción de inocencia (...). Sin embargo, en otros casos, (...) puede ser insuficiente (...)”. Esto es, “el parte militar no es sino un medio de prueba más a valorar y que debe ser contrastado con otros que vengan a reforzar su contenido ya que, en otro caso, carente de corroboración, podría ser estimado insuficiente en su eficacia para permitir la imputación del hecho y servir de soporte fáctico a la atribución de la infracción y, en definitiva, a la imposición de la sanción”. En el supuesto de hecho, un guardia civil se dirigió de manera irrespetuosa a su sargento que levantó un parte militar. La sentencia considera que “en este caso el parte militar (...) ha

sido corroborado por el testimonio del Cabo 1º Alonso, lo que según nuestra Doctrina, le dota de virtualidad probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia”. En la misma línea, la **STS de 15 de noviembre de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 665 de 2007, añade que este parte debe reunir dos requisitos: por un lado, “ausencia de incredibilidad subjetiva que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales”, esto es, inexistencia de móviles espurios, y por otro, la “verosimilitud del testimonio”, es decir, que la declaración ha de ser lógica en sí misma. En el supuesto, se anula la sanción por existir ciertas contradicciones en el testimonio de cargo y porque entre quien había emitido el parte y el imputado existían unas relaciones previas tensas. Igualmente, la **STS de 19 de octubre de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 664 de 2007, declara que, en el caso, se ha vulnerado la presunción de inocencia, pues el relato de hechos del órgano sancionador en el parte omitía ciertos datos que debían haberse incluido, en concreto, la presencia de una testigo cuya declaración contradice los términos de la imputación hecha por aquél.

D) Carga de la prueba de la tipicidad de la conducta

Una empresa es sancionada por extraer a cielo abierto materiales volcánicos sin haber sometido previamente dicha actividad a evaluación de impacto ecológico, lo que constituye una falta grave tipificada como “la iniciación de actividades sometidas a trámite de Evaluación Detallada de Impacto Ecológico o de Evaluación Básica de Impacto Ecológico en Áreas de Sensibilidad Ecológica sin la pertinente Declaración de Impacto Ecológico”. La **STSJ de Canarias (Las Palmas), de 15 de diciembre de 2006**, Ar. 194 de 2007, identifica, como elementos del tipo, la realización de una actividad sometida a trámite de evaluación de impacto ecológico sin la pertinente Declaración de Impacto Ecológico y la realización de dicha actividad en un Área de Sensibilidad Ecológica, dando por probado únicamente el primero de tales elementos: “en el caso, no aparece un solo dato en el expediente, ni tampoco se acreditó (...) la realización de la actividad en un Área declarada de Sensibilidad Ecológica (...). Da la impresión de que la Administración da por incontrovertido que la zona tiene esa declaración, pero en un procedimiento administrativo sancionador ello no basta (...). Estamos en un procedimiento sancionador en el que la prueba de la existencia de la conducta típica corresponde a la Administración y no al particular denunciado. No se trata de si la zona es o no un Área de Sensibilidad Ecológica sino, simple y llanamente, que no ha quedado acreditado en el expediente”.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) La imposición de una sanción en su grado mínimo no requiere una motivación especial

Como consecuencia de la comisión de una infracción tributaria grave, debidamente acreditada en el correspondiente procedimiento sancionador, se impuso la sanción prevista para este tipo de infracciones en su grado mínimo (artículo 87.1 LGT de 1963), limitándose la resolución sancionadora a mencionar genéricamente los criterios de graduación sin especificar en qué había consistido la apreciación de éstos. Ante la alegación del

incumplimiento del deber de motivar la resolución sancionadora, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de diciembre de 2006, Ar. 49 de 2007, dice que dicha alegación “carece de fundamento porque en este caso se ha aplicado el artículo 87.1 LGT y, dentro de lo que él permite, el grado mínimo. Cabe añadir, en todo caso, que esa falta de motivación expresa no ha determinado una situación de indefensión”.

B) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito. Divergencias jurisprudenciales

Así lo afirma una vez más [vid. *Justicia administrativa*, núm. 33, VII.10.D), núm. 34, VII.10.B) y núm. 36, VII.10.A)] la STS de 18 de enero de 2007, Sección Quinta, Ar. 285, en un supuesto en el que se había sancionado a un extranjero por permanencia ilegal en España con la sanción de expulsión, cuando la sanción general es la de multa. Se anula la sanción al no constar ni en la resolución ni en el expediente ningún otro dato o hecho relevante que no sea la simple permanencia ilegal en España. La misma doctrina contiene la STS de 29 de marzo de 2007, Sección Quinta, Ar. 1954, que, sin embargo, declara que las circunstancias, por un lado, de estar indocumentado y, por tanto, de no poder acreditar la identificación y la filiación y, por otro, de ignorarse cuándo y por dónde entró en territorio español, que constan en el expediente, son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa.

Por el contrario, en otra línea se muestra la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2006, Ar. 155 de 2007, que, aunque reconoce que la resolución sancionadora no motiva de forma expresa la razón por la que la Administración acogió la sanción de expulsión y no la de multa, considera ajustada a Derecho la sanción de expulsión acordada. Para ello utiliza unos argumentos sobre la gravedad, desde el punto de vista de la culpabilidad —pues se dice que hay una clara voluntad de incumplimiento de la norma, dado que el extranjero es perfectamente conocedor de la inevitable obligación de contar con la oportuna documentación habilitante—, que en sentencias anteriores han sido expresamente rechazados por el Tribunal Supremo. En una línea también más generosa, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de enero de 2006, Ar. 153 de 2007.

C) Notificación defectuosa de la resolución sancionadora: no tiene efectos invalidantes si el sancionado interpuso en tiempo un recurso pertinente

El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia (TEARV) impuso sanción a un administrado por la comisión de una infracción tributaria grave en materia de Impuesto de Sociedades. Sin embargo, la notificación de la resolución sancionadora fue practicada de forma defectuosa, motivo por el cual el sancionado solicitó la nulidad de la sanción. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de enero de 2007, Ar. 358, amparándose en el artículo 58.3 LRJPAC, concluye que “por más que pudiera considerarse que el TEARV no realizó la correspondiente notificación en forma adecuada y de conformidad al ordenamiento, es lo cierto que el interesado (...) tuvo conocimiento de la resolución (...) y entabló contra la misma el pertinente recurso contencioso-administrativo, de manera que no puede apreciarse la existencia de indefensión como determinante de nulidad”.

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. *DIES AD QUEM* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: EL DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL DE LA RESOLUCIÓN Y NO EL DE LA NOTIFICACIÓN EDICTAL SI ÉSTA NO ERA PROCEDENTE

Así lo declaran la STS de 29 de marzo de 2007, Sección Quinta, Ar. 1959, y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de diciembre de 2005, Ar. 136 de 2007.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La determinación de la sanción como un proceso discrecional y el juego del principio de proporcionalidad

Haciendo suya la STS de 9 de mayo de 2000, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006, Ar. 127, afirma que “la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho”.

B) A falta de circunstancias modificativas, se acepta la imposición de la sanción en su mitad inferior

La imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional conlleva, como sanción accesoria, la prohibición de entrar en España por un período mínimo de tres años y máximo de diez. Un extranjero fue sancionado con la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada de cinco años, sin que la resolución sancionadora motivara esta concreta extensión de la sanción. Alegada la falta de proporcionalidad, la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2006, Ar. 155 de 2007, considera, sin embargo, que “siendo el período mínimo de duración de esta prohibición tres años y el máximo diez, la imposición de una prohibición de entrada por cinco años se encuentra en la mitad inferior de los dos grados en los que debe dividirse la sanción por aplicación analógica del Código Penal, por lo que no puede considerarse desproporcionada”. La sentencia parece matizar una línea jurisprudencial de la que hemos dado noticia en crónicas anteriores [Justicia Administrativa, núm. 24, VII.13.C)] donde se afirma que, a falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción mínima.

C) Circunstancias agravantes: premisas para su aplicación

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2007, Ar. 359, razona que “la agravación de una sanción debe cumplir las siguientes premisas:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

- No puede cometerse por error (...).
- El hecho base de la agravación debe estar tan acreditado como la propia infracción.
- El elemento de agravación no puede formar parte del tipo básico de la infracción (...).
- En ocasiones, será la propia Ley la que con carácter de presunción establezca las conductas que suponen una agravación, (...)."

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción de la infracción

La STS de 29 de noviembre de 2006, Sección Sexta, Ar. 309 de 2007, declara correcto el razonamiento de la sentencia cuya casación se pretende que dice que "si el hecho causante de una infracción disciplinaria consiste en la condena penal en sentencia firme, es indiscutible que la fecha de inicio del plazo prescriptivo ha de ser aquélla en la que devino firme la sentencia condenatoria correspondiente sin que pueda tenerse en cuenta a efectos de la interrupción del plazo prescriptivo la interposición de un recurso de amparo contra la sentencia penal".

B) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado

En la STS de 14 de febrero de 2007, Sección Tercera, Ar. 851, que se comentará con mayor extensión en el siguiente epígrafe, la Sala afirma que la práctica prohibida por la que se sancionó al Banco Santander Central Hispano no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo en 1994 con otras entidades sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, por lo que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción no es el de la firma del acuerdo y la infracción no había prescrito cuando se inició el expediente sancionador en 1999.

C) Reanudación del plazo de prescripción cuando éste ha estado suspendido por la tramitación de un proceso penal por los mismos hechos: *dies a quo*

No lo es la fecha del acuerdo del instructor levantando la suspensión del procedimiento sancionador, sino la fecha en que la Administración pudo continuar el expediente una vez que tuvo conocimiento de que la sentencia absolutoria había adquirido firmeza (STS de 16 de marzo de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 1786).

14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA POR MUERTE O DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Diversas entidades, entre ellas, los Bancos Central Hispano, por un lado, y Santander, por otro, se habían concertado para unificar las condiciones de acceso relativas a las tarjetas

de pago y su conducta respecto de los establecimientos comerciales en los que se detectaran determinadas prácticas irregulares. El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso al “Banco Santander Central Hispano, SA” una sanción pecuniaria de 600.000 euros en cuanto entidad subrogada en las responsabilidades declaradas del Banco Central Hispano y del Banco de Santander. Si bien el Banco acepta la diferencia entre las personas físicas y jurídicas en lo relativo a la transmisibilidad de las sanciones, considera que para que esto sea posible es necesario que se haya impuesto la sanción o, al menos, que sea previsible su imposición, lo que no ocurriría en el presente supuesto en el que el procedimiento sancionador se incoó con posterioridad a la fusión por absorción.

La **STS de 14 de febrero de 2007**, Sección Tercera, Ar. 851, insiste en el “distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada respecto del aplicable a los supuestos de muerte o fallecimiento de la persona física sancionada”. Y añade que “para las primeras no cabe duda de que las sanciones forman parte del pasivo transmitido a los socios, sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas. En ningún momento se excluye de este régimen de transmisibilidad a las sanciones que, derivadas de actos cometidos antes de que la persona jurídica se extinguiera, hubieran sido impuestas después de la extinción pero precisamente en razón de tales actos, siendo imputables las consecuencias –también las económicas– de todos los actos de la sociedad extinguida a las que se subrogó en sus responsabilidades”. Y finalmente concluye que ello es así con independencia de la mayor o menor previsibilidad de la decisión administrativa ulterior y de que se hubiera incoado formalmente el expediente sancionador.

15. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) La indefensión en el procedimiento administrativo sancionador no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo

La **STC 175/2007, de 23 de julio**, Sala Primera (recurso de amparo), declara, de acuerdo con la doctrina más novedosa del TC, que:

“al haberse producido una efectiva vulneración del derecho de defensa durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, tal vulneración no podía ser sanada en la vía contencioso-administrativa, pues, como señala la **STC 59/2004, de 19 de abril**, ‘el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora’. Ello es así, entre otras razones, porque (...), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuen-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, ‘condenen’ al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa ‘se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE’ (STC 125/1983).

Por consiguiente, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho de defensa (artículo 24.2 CE) en el procedimiento administrativo sancionador. Pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional (STC 35/2006)”.

En una línea claramente distinta, se muestra la **STS de 20 de febrero de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 1801, que niega que se haya causado indefensión a un comandante del Ejército del Aire sancionado disciplinariamente, algunas de cuyas solicitudes de prueba fueron rechazadas por el instructor, con el argumento de que “fueron admitidas después en sede jurisdiccional”.

B) El acto de iniciación del procedimiento sancionador es, en ocasiones, impugnabile jurisdiccionalmente

La cadena de televisión Duseon TV venía siendo emitida en la Comunidad Autónoma de Madrid, al menos desde 1998, sin contar con la preceptiva licencia de emisión. En el año 2005, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid incoó procedimiento sancionador contra los titulares de la cadena y se toma la medida preventiva de cierre de la actividad. La emisora difundía contenidos temáticos y educativos referentes a la cultura y a la medicina tradicional oriental. Ésta y otras circunstancias, tales como que no se iniciaron expedientes administrativos sancionadores frente a otras emisoras sin autorización, llevaron a la impugnación del acuerdo de incoación del procedimiento administrativo sancionador a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, al considerar vulnerados, entre otros, los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad de expresión y a la tutela judicial efectiva. La **STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2006**, Ar. 217 de 2007, recuerda, de conformidad con una consolidada jurisprudencia, que la “regla general” respecto a la impugnabilidad de los actos de incoación es que “el acto de iniciación del procedimiento sancionador no es susceptible de impugnación independiente y sí las medidas cautelares que pudieran adoptarse en el mismo”. No obstante, la sentencia añade que “sin embargo, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales la indicada causa de inadmisibilidad presenta una particularidad importante, puesto que es posible que la mera incoación del expediente sancionador conculque aquellos derechos del interesado”. Por lo tanto,

concluye la sentencia, “el que el acto de iniciación del procedimiento sancionador posea naturaleza de acto de trámite no es obstáculo para la admisión del recurso cuando sea apto para generar la lesión de derechos fundamentales”.

La **STS de 25 de enero de 2007**, Sección Quinta, Ar. 603, concluye que es impugnabile en vía contencioso-administrativa la iniciación de un expediente sancionador de expulsión de un extranjero de territorio nacional, pues aunque se trata de un acto de trámite tenía otro contenido y es que proponía al Juez de instrucción su ingreso en un centro penitenciario en tanto se sustanciaba el expediente.

C) Reducción de la cuantía de la multa con una mera referencia genérica a los datos obrantes en el expediente como motivación

La Comunidad de Regantes de Los Riegos de Bárdenas impuso a uno de sus miembros sanción de multa de 8.000 euros por una infracción continuada de riego sin autorización. Las Ordenanzas de la Comunidad remitían la imposición de sanciones a lo dispuesto en el Código Penal para las faltas, motivo por el cual la sanción de 8.000 euros fue, en realidad, impuesta de conformidad con el sistema de días-multa, a razón de 40 días de multa con una cuota diaria de 200 euros. La **STSJ de Aragón de 29 de mayo de 2006**, Ar. 101 de 2007, estima que hubiera sido necesario aplicar y explicitar en la resolución sancionadora las reglas contenidas en el mismo Código Penal para la determinación de la cuota diaria, esto es, “teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo” (artículo 50.5 CP). Como esto no se hace, a la vista de los datos obrantes en el expediente, el Tribunal acuerda fijarla en 100 euros, lo que conlleva una sanción de 4.000 euros.

El armador de un barco fue sancionado con multa de 3.000 euros por una infracción grave en materia de puertos. La Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante prevé, para este tipo de infracciones, sanciones de hasta 601.012,10 euros de multa, por lo que la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006**, Ar. 127, señala que los 3.000 euros de multa impuestos “quedan muy alejados del máximo e incluso por debajo sensiblemente de la multa máxima prevista en la Ley para corregir infracciones leves, 60.101,21 euros”. Sin embargo, “ni la propuesta de resolución ni la resolución sancionadora propiamente expresan lo más mínimo en cuanto hace a la elección del montante de la sanción” por lo que la sentencia estima que “parece ciertamente injustificada por excesiva la multa impuesta”, procediendo a su revisión “reduciéndola a la mitad en aplicación del principio de proporcionalidad y a la vista de los datos obrantes en autos”.

D) Sustitución o modulación de la sanción, aunque con motivación

Un guardia civil fue descubierto dormido mientras prestaba el servicio de puerta nocturno, hecho por el que fue sancionado como autor de una falta disciplinaria grave, con

VII. Derecho Administrativo Sancionador

la suspensión de empleo por tiempo de seis meses. La **STS de 19 de febrero de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 1774, aun admitiendo la “reiteración evidenciada en la comisión de dicha falta”, considera que “tal vez pueda ponderarse la apreciación señalada por el recurrente en el sentido de que alguno de los mandos ha puesto de manifiesto la oportunidad de someter a un estudio médico al inculpado en el que se analice la posible propensión al sueño y los cauces de su evitabilidad. Además de esta circunstancia, la Sala pondera, en orden a la evaluación de la sanción por el principio de proporcionalidad, la repercusión sobre el servicio, la trascendencia de los hechos y también la circunstancia personal del encartado en lo referente a su antigüedad en el servicio de la Guardia Civil —permanece en el mismo desde 1980— concluyendo que debe reducirse la sanción impuesta disminuyéndose y quedando sustituida por la de cuatro meses de suspensión de empleo”.

A raíz de ser condenado penalmente por un delito doloso de robo con fuerza en las cosas (entrada en un finca y robo de varios muebles de mimbre), un Guardia Civil fue sancionado disciplinariamente con la separación del servicio. La **STS de 2 de febrero de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 1798, señala que, con anterioridad a los hechos penalmente sancionados, el sancionado “sufría una serie de trastornos psicológicos a consecuencia de problemas personales” y que, con posterioridad a los mismos, “realizó un acto de carácter humanitario consistente en el auxilio a tres personas (...) cuando se declaró un incendio en una vivienda”. En atención a estos factores, considera que “el delito cometido en su día fue excepcional, episódico y meramente coyuntural. Por esta razón parece excesivo imponer al recurrente la sanción de separación del servicio cuando el precepto aplicable posibilita, además, la suspensión de funciones (más acorde con las circunstancias concurrentes), por lo que esta Sala, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad desde la perspectiva constitucional, considera más ajustada la sanción de suspensión de funciones durante dos años”.

E) La sustitución en sede jurisdiccional del tipo infractor aplicado por la Administración vulnera el derecho de defensa del sancionado

Con el fin de construir un pozo, un administrado realizó un sondeo de 60 metros de profundidad y 189 mm de diámetro con máquina de rotopercusión sin contar con la necesaria autorización del organismo de cuenca. La comisión de tales hechos fue sancionada como constitutiva de una infracción en materia de aguas tipificada en el artículo 116.h) del Texto Refundido de la Ley de Aguas como “la apertura de pozos y la instalación en los mismos de instrumentos para la extracción de aguas subterráneas sin disponer previamente de concesión o autorización del Organismo de cuenca”. La **STSJ de Murcia de 31 de mayo de 2006**, Ar. 167 de 2007, anula la sanción por considerar que no concurrían todos los elementos del tipo, “al no constar la instalación en el pozo de instrumentos de cualquier tipo para la extracción” y añade que “quizá los hechos podrían haber sido calificados en otro precepto de la Ley de Aguas, pero la Sala no se va a plantear tal posibilidad, puesto que si se llegara a una conclusión afirmativa el pronunciamiento debería ser igualmente anulatorio, ya que la impugnación efectuada a la recurrente no lo fue por el artículo 116.g) del Texto Refundido, sino por el 116.h), y no se le ha dado oportunidad de defenderse respecto del mismo”.

F) No puede pedirse en un proceso que se declare caducado un expediente sancionador sin pedirlo previamente a la Administración en casos en que no existe resolución final impugnada

Así lo afirman las dos SSTs de 9 de febrero de 2007 Sección Quinta, Ar. 1879 y 1881.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMIJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

Consideración preliminar. 2. Causa expropriandi. A) El control de legalidad de la declaración de utilidad pública o interés social ha de circunscribirse a la adecuación de tal declaración a la causa *expropriandi*, sin que pueda extenderse al juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad del bien o derecho concretamente designado que sólo procede hacer sobre el ulterior acuerdo de necesidad de ocupación. **3. Procedimiento expropriatorio.** A) Composición del Jurado Provincial de expropiación: criterio de idoneidad del funcionario técnico en función de la naturaleza predominante de los bienes o derechos a valorar. B) No cabe denegar la incoación del expediente expropriatorio a instancias de los propietarios (*ex* artículo 69 del TRLS de 1976) argumentando la pendencia de un expediente de deslinde de costas que pudiera afectar a los terrenos en cuestión. C) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la ineficacia de la expropiación mediante ocupación directa tras la STC 61/1997, de 20 de marzo. **4. Determinación del justiprecio.** A) El momento para precisar los bienes y derechos expropiados que han de valorarse en el justiprecio es en el que se aprueba el acuerdo de necesidad de ocupación, que inicia el expediente expropriatorio según el artículo 21.1 de la LEF. **5. Garantías sustanciales.** A) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la desafectación tácita de la obra que motivó la expropiación a los efectos de ejercitar el derecho de reversión.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la doctrina más destacada de la producida por Tribunal Supremo en materia expropriatoria durante el primer trimestre de 2007. En esta ocasión son pocos los pronunciamientos que merecen ser reseñados preliminarmente, por ser en su mayoría escasamente relevantes o mera reiteración de líneas jurisprudenciales ya asentadas. Acaso merezca ser consignada la sentencia que limita el control de legalidad de la declaración de utilidad pública o interés social y complementa la doctrina sentada por

la STC 48/2005, de 3 de marzo, al afirmar que el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la privación que la citada sentencia reclama para toda expropiación sólo procede sobre el acuerdo de necesidad de ocupación y no sobre la previa declaración de utilidad pública. También es de interés la doctrina que se reseña sobre la inaplicación, por ineficaz, del método de ocupación directa tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, pese a la limitada repercusión práctica de esta doctrina, que se circunscribe al tiempo transcurrido entre la fecha del mencionado pronunciamiento constitucional y la aprobación de las leyes urbanísticas autonómicas que restauraron el procedimiento de ocupación directa.

2. CAUSA EXPROPRIANDI

A) El control de legalidad de la declaración de utilidad pública o interés social ha de circunscribirse a la adecuación de tal declaración a la *causa expropriandi*, sin que pueda extenderse al juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad del bien o derecho concretamente designado que sólo procede hacer sobre el ulterior acuerdo de necesidad de ocupación

La expropiación forzosa presenta, como toda potestad pública, una doble faz: de un lado, es un medio del que las Administraciones Públicas pueden servirse para el logro de sus fines; de otro, su ejercicio se reviste de una serie de garantías indeclinables dirigidas a asegurar los derechos e intereses de los ciudadanos afectados. Desde esta segunda dimensión de la expropiación, en tanto que garantía de la propiedad privada frente al poder expropiatorio, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 33.3 de la CE establece un triple aseguramiento para los sujetos expropiados: 1º) toda operación expropiatoria debe efectuarse en función de una *causa expropriandi*, esto es, debe estar dirigida a la realización de un fin de utilidad pública o interés social; 2º) los expropiados tienen derecho a percibir la correspondiente indemnización, y 3º) la expropiación debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en las Leyes (STC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 3º).

La exigencia de que la potestad expropiatoria se conforme a lo dispuesto en las Leyes supone la sujeción al correspondiente procedimiento, como garantía del administrado que sujeta la actuación de la Administración a las previsiones de competencia, forma y contenido, propiciando la intervención de aquél en el desarrollo de las actuaciones y asegurando el pleno ejercicio de los medios de defensa. En este sentido, la Ley de Expropiación Forzosa regula el Procedimiento general en su Título II, dedicando el Capítulo Primero a los requisitos previos a la expropiación forzosa. Entre ellos, el artículo 9 de la LEF dispone que para proceder a la expropiación será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el objeto expropiado, refiriéndose en los artículos siguientes a la competencia y forma que ha de revestir tal declaración. En el Capítulo II se regula la necesidad de ocupación de bienes o la adquisición de derechos, señalando el artículo 15 que “declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación”. Tras ello, la LEF re-

VIII. Expropiación Forzosa

gula la forma y trámites a seguir para dictar dicha resolución, que incluye la formulación de una relación concreta e individualizada de los bienes y derechos que se consideren de necesaria ocupación, la apertura de un trámite de información pública y la subsiguiente posibilidad de formular alegaciones por razones de fondo o de forma a la necesidad de ocupación, indicando los motivos por los que deba considerarse preferente la ocupación de otros bienes no comprendidos en la relación efectuada por la Administración como más convenientes al fin perseguido, a la vista de las cuales el órgano competente resolverá lo procedente. Por su parte el artículo 21 de la LEF dispone expresamente que el acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio.

De esta forma, la LEF quiere significar el distinto contenido y alcance de la declaración de utilidad pública, por un lado, y, por otro, de la resolución acordando la necesidad de ocupación. La primera constituye una actuación previa a la expropiación que se limita a valorar la utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el objeto expropiado, cuya identificación sólo tiene ese alcance de utilidad para el fin perseguido. Por su parte, el acuerdo de necesidad de ocupación concreta y precisa los bienes que se afectan al fin de la expropiación, que han de ser los estrictamente indispensables para conseguir tal fin, de modo que, como ha señalado el Tribunal Supremo, éste “ha de lograrse con el mínimo de sacrificio posible para la propiedad”, por lo que “el bien elegido para la expropiación ha de ser siempre el que responda a la traducción más exacta y fiel de la finalidad perseguida, que en el supuesto de concurrencia de varias posibles soluciones de similar entidad expropiable, ha de dirimirse la elección por la que represente el menor sacrificio del derecho de propiedad privada” (STS de 30 de diciembre de 1991, Ar. 388 de 1992).

Por lo tanto, es el acuerdo de necesidad de ocupación el que concreta y precisa los bienes afectados al fin de la expropiación guardando un ejercicio proporcionado de la potestad expropiatoria y que se ajuste a los principios que la informan, de ahí que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 48/2005, de 3 de marzo, refiera a la declaración de necesidad de ocupación la exigencia de proporcionalidad de la actuación expropiatoria afirmando que dicho acto ha de cumplir tres condiciones que implican, en cada caso, un juicio previo y diferenciado por parte de la Administración expropiante:

“A) Si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad).

B) Si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad).

C) Si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”

El distinto alcance e incidencia inmediata en las titularidades dominicales afectadas por la expropiación que respectivamente tienen la declaración de utilidad pública o interés social y el acuerdo de necesidad de ocupación se refleja en el procedimiento establecido

para su adopción y, concretamente, en lo que atañe a la intervención de los interesados, que, como hemos indicado, se contempla específicamente en relación con la necesidad de ocupación y no así respecto de la declaración de utilidad pública.

Finalmente, dentro de este planteamiento general, importa señalar que el control de legalidad de cada acto del procedimiento expropiatorio ha de efectuarse desde el contenido y alcance que le es propio, no pudiéndose trasladar las exigencias propias de un concreto acuerdo, como el de necesidad de ocupación, a otro de distinto alcance, como es la declaración de utilidad pública o interés social, más aun si con ello se puede prejuzgar la legalidad del acto posterior en el tiempo.

Las consideraciones anteriores son las que sirven de fundamento al Tribunal Supremo para resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se declaraba la utilidad pública de la ampliación del Archivo General de la Guerra Civil Española de Salamanca a efectos de expropiación forzosa de una casa-palacio sita en dicha localidad.

La **STS de 27 de marzo de 2007**, Ar. 1925, resuelve el recurso formulado por los propietarios de dicho inmueble solicitando la nulidad del Acuerdo impugnado por cuanto, junto a otras causas alegadas por los recurrentes, adolece a su juicio de un vicio de procedimiento esencial consistente en declarar la necesidad de ocupación de un bien para satisfacer una necesidad de utilidad pública sin efectuar previamente un estudio justificativo que demuestre la procedencia de expropiar tal bien de acuerdo al triple juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad exigido por la STC 48/2005, de 3 de marzo, antes reseñada. Junto a ello, la demanda alega que se ha producido una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, ya que el Acuerdo determina que es necesario expropiar el palacio en cuestión sin seguir previamente el procedimiento legalmente establecido en los artículos 15 y siguientes de la LEF para determinar los bienes que sea necesario expropiar para llevar a cabo el fin de utilidad pública, de modo que —siempre a juicio de los recurrentes— la Administración no sólo no ha efectuado el estudio previo que permita afirmar que el referido Palacio sea el bien más adecuado sino que, además, ha adoptado la decisión sin trámite de información pública y sin permitir que se efectuaran alegaciones sobre los motivos por los que no procede la expropiación del bien designado y deba considerarse preferente la ocupación o adquisición de otros bienes.

En contestación a la demanda, el Abogado del Estado solicita, por su parte, la desestimación del recurso por entender, en esencia, que el Acuerdo impugnado declara la utilidad pública a efectos de la expropiación forzosa de la ampliación del Archivo General de la Guerra Civil Española, limitándose a seleccionar un determinado inmueble pero sin pronunciarse o incluir a efectos del procedimiento expropiatorio la necesidad concreta de ocupar la casa- palacio que se menciona en el propio Acuerdo, como prueba el hecho de que fuera precisa la posterior adopción del Acuerdo del Delegado del Gobierno en Castilla y León de 25 de agosto de 2005, sobre la necesidad de ocupación del citado inmueble.

VIII. Expropiación Forzosa

Planteado el debate en estos términos, el Tribunal Supremo desestima el recurso deducido contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 porque

“tal acto administrativo se limita a la declaración de utilidad pública de la expropiación del referido inmueble, que se identifica y examina a los efectos de apreciar su adecuación al fin perseguido, pero no contiene declaración de necesidad de ocupación, que como se refleja en las actuaciones tuvo lugar, previo trámite de información pública anunciado en el BOE de 14 de julio de 2005, por acuerdo del Delegado del Gobierno en Castilla y León de 25 de agosto de 2005, confirmado en vía administrativa por resolución de 26 de octubre de 2005, ambos impugnados ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

En consecuencia, no puede compartirse la (...) alegación de la demanda sobre nulidad de pleno derecho por omisión de trámites esenciales, considerando como tal la falta de un estudio justificativo previo que demuestre la procedencia de expropiar tal bien de acuerdo con un triple juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, de conformidad con la STC 48/2005 pues (...) la exigencia de ese triple juicio viene referida a la necesidad de ocupación, por la que se concreta y precisa el bien imprescindible para el cumplimiento del fin que justifica la expropiación y así resulta de la propia sentencia del Tribunal Constitucional invocada, que expresamente refiere el cumplimiento de tales condiciones, a efectos de ‘emitir un juicio fundado sobre la posible arbitrariedad o desproporción de la declaración de necesidad de ocupación de los edificios...’, necesidad de ocupación que no es objeto de revisión en este proceso, por lo que no pueden examinarse la concurrencia de vicios o defectos propios de la misma con ocasión del examen de legalidad de otro acto, como la declaración de utilidad pública, al que tales vicios resultan ajenos, lo que supondría, además, prejuzgar la legalidad del acuerdo de necesidad de ocupación al margen de la revisión jurisdiccional solicitada ante el órgano judicial competente para ello”.

En suma, el diferente contenido y alcance de los trámites procesales de la declaración de utilidad pública y de necesidad de ocupación tiene un efecto trascendental desde la perspectiva del control jurídico de legalidad de uno y otro trámite, no pudiendo un acto (declaración de utilidad pública) ser impugnado por los vicios o defectos que sean propios al que procedimentalmente lo prosigue (necesidad de ocupación).

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Composición del Jurado Provincial de expropiación: criterio de idoneidad del funcionario técnico en función de la naturaleza predominante de los bienes o derechos a valorar

La STS de 6 de febrero de 2007, Ar. 2772, resuelve en casación el recurso deducido contra el acuerdo de un Jurado de expropiación que se fundaba, entre otros motivos, en el defecto de composición del Jurado. En este caso se trataba de valorar unos terrenos urbanos en los que se ubicaba una industria. El funcionario técnico designado por la Administración había sido un Arquitecto Técnico Municipal cuando, a juicio de los recurrentes, correspondía designar a un técnico en Ingeniería industrial y un Economista, dado que había de justipreciarse la demolición de un inmueble industrial, el desmantelamiento y

traslado de la maquinaria que en él se ubicaba, la supresión del contrato de arrendamiento existente sobre el inmueble y el cese de una actividad empresarial.

Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo recuerda su reiterada doctrina sobre el criterio de designación del funcionario técnico del Jurado de expropiación en función de la naturaleza predominante de los bienes y derechos a expropiar en aplicación de los artículos 32.1.b) de la LEF y 32.1 del REF, resolviendo que

“no puede compartirse el planteamiento de la parte recurrente sobre la deficiente constitución del Jurado, que se funda en la naturaleza diversa de los bienes expropiados, que además de urbana es industrial y empresarial, pues los indicados preceptos se refieren a la integración en el Jurado de un funcionario técnico atendiendo a la naturaleza del bien objeto de expropiación, que en el caso de bienes de distinta naturaleza en lógica interpretación de tales previsiones ha de llevar a la participación del técnico que corresponda con la naturaleza predominante de los bienes objeto de expropiación, como se desprende de la Sentencia de 17 de marzo de 1998, según la cual, ‘aunque se valore el conjunto total de la superficie expropiada, que se compone de una superficie mayoritaria de terreno de secano, una porción más limitada de terreno destinado a frutales y una porción, igualmente limitada, de zona destinada a aprovechamiento de gravas, no puede atenderse para determinar la composición del Jurado al criterio del mayor valor de unos elementos sobre otros, sino que han de contemplarse las características prevalentes o dominantes que permiten constatar la naturaleza del terreno secano como relevante y justificar la presencia del Ingeniero Agrónomo, pues no estamos ante una exclusiva expropiación de una explotación o concesión minera, (...)’. Tampoco puede olvidarse que la finalidad perseguida por lo indicados preceptos es garantizar que los miembros del Jurado poseen los conocimientos suficientes en relación con la naturaleza de los bienes expropiados, por lo que no resulta contrario a los mismos tener en cuenta los conocimientos técnicos que uno de sus miembros añade a la titulación principal por la que aparece designado.

Y es el caso que la expropiación objeto de este recurso, aun cuando comprenda el traslado de determinadas industrias, que no su privación, y extinción de arrendamientos, tiene como objeto principal el vuelo, es decir, bienes de naturaleza inmobiliaria como son naves, edificios de oficinas y complementarios, cerramientos, cobertizos y otros, por lo que la designación y participación como tal funcionario técnico de un Arquitecto resulta conforme con las previsiones legales. Más aun si como se señala en la sentencia de instancia y resulta de las actuaciones, además de esa titulación ostenta la de Perito Industrial que justifica conocimientos que se corresponden con la naturaleza de otros bienes objeto de la expropiación”.

Junto a ello, el Tribunal Supremo recuerda que, en todo caso, la deficiente conformación del Jurado no es un vicio determinante de nulidad, como pretendían los recurrentes; pues, como declaró la STS de 30 de enero de 1998, Ar. 675, modificando la orientación inicial de la jurisprudencia (y reiteraron, entre otras las SSTS de 18 de mayo de 1998 –Ar. 4960–, 9 de octubre de 1999 –Ar. 9798–, 27 de mayo de 2000 –Ar. 737– o de 30 de junio de 2001 –Ar. 8200–),

VIII. Expropiación Forzosa

“la incorrecta composición del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa no constituye una causa de nulidad de pleno Derecho, sino un defecto formal determinante de su anulación exclusivamente cuando, conforme al artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impida al acto alcanzar su fin o haya producido indefensión”.

Supuesto que, por lo demás, no concurre en este caso, en el que la parte expropiada tuvo ocasión de disponer y hacer valer la valoración efectuada por los técnicos cuya participación reclamaba, Ingeniero Industrial y Economista, tanto en el expediente administrativo como en el proceso de instancia, por lo que el Tribunal Supremo no aprecia indefensión que pudiera justificar la anulabilidad del acuerdo del Jurado.

B) No cabe denegar la incoación del expediente expropiatorio a instancias de los propietarios (ex artículo 69 del TRLS de 1976) argumentando la pendencia de un expediente de deslinde de costas que pudiera afectar a los terrenos en cuestión

La STS de 28 de febrero de 2007, Ar. 2488, resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 27 de julio de 2003, en la que se estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación por parte del Ayuntamiento de Ses Salines (Mallorca) de proceder a la expropiación forzosa de unos terrenos dotacionales instada por los propietarios de los mismos al amparo de lo dispuesto por el artículo 69 del TRLS de 1976 que, como es sabido, preveía –al igual que hoy hacen las leyes urbanísticas autonómicas– la posibilidad de que los terrenos destinados a sistemas y dotaciones públicas que no entren en las operaciones de equidistribución de cargas y beneficios en el seno de la unidad de ejecución en la que se encuentren, o que no sean adscritos a una unidad distinta (a ejecutar, por tanto, mediante “actuaciones asistemáticas”), sean expropiados a instancias de los propietarios de los mismos una vez que transcurra un determinado plazo sin que la Administración haya impulsado de oficio la obtención y ejecución de dichos terrenos.

En el caso enjuiciado, los terrenos en cuestión tenían la calificación urbanística de zona verde pública. Consignada la concurrencia de los presupuestos legales que acabamos de enunciar e instada la expropiación por los propietarios, el Ayuntamiento la deniega por estar pendiente de ultimación un expediente de deslinde de costas que podría afectar a dichos terrenos. Entiende la Administración municipal que la falta de deslinde aprobado impide determinar los terrenos que quedarán definitivamente incluidos en la zona de dominio público marítimo-terrestre y, por lo tanto, no se pueden concretar las fincas susceptibles de expropiación hasta la resolución del deslinde.

Frente a la denegación municipal de la expropiación solicitada, la Sala de instancia estima el recurso de los propietarios argumentando que la pendencia del expediente de deslinde y la calificación que los terrenos pudieran tener a resultas del mismo no puede servir para denegar la expropiación cuando se dan los presupuestos legales para ello, por lo que procedía la incoación *ope legis* del expediente expropiatorio de acuerdo con la legislación urbanística. Abundando en este razonamiento, que es asumido por el Tribunal Supremo

para declarar que no hay lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento frente al fallo de instancia, la sentencia que se comenta añade:

“Cualquiera que fuera el contenido y resultado final del acto aprobatorio del deslinde, es lo cierto que los terrenos objeto de controversia estaban calificados de zona verde por el planeamiento municipal, cuestión esta reconocida expresamente por la Corporación recurrida, con lo que ello comportaba de inedificabilidad de los mismos y, por lo tanto, la pretensión de los recurrentes resulta conforme a derecho, sin que quepa trasladar responsabilidad ninguna a los propietarios resultante de una falta de deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre en cuanto pudiera afectar a dichos bienes, puesto que la indeterminación del demanio público pudo haber sido considerada por el planeamiento, lo que evidentemente no hubiera permitido la calificación de los terrenos en los términos en que urbanísticamente lo fueron, y hubiera impedido el ejercicio de la pretensión de inicio del expediente expropiatorio instada por los recurrentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley del Suelo de 1976.

Por otro lado, los recurrentes no pueden ser privados del derecho, que les reconoce el artículo 69 de la Ley del Suelo de 1976, a obtener la expropiación de los terrenos en los términos solicitados desde el momento en que, de acuerdo con las normas subsidiarias del planeamiento, los mismos están calificados como zona verde, teniendo en cuenta que es a la Corporación local afectada a la que le correspondería efectuar la calificación de los mismos, que, desde luego, no aparecen integrados conforme a las normas subsidiarias del planeamiento dentro del demanio público estatal, y sin que la mera posibilidad de que pueda serlo sirva de razón o argumento suficiente para denegar a los actores el derecho a obtener la expropiación de los bienes en los términos previstos en el indicado precepto y ello por aplicación de normas de la Ley de Costas ya que, como argumenta el Tribunal de instancia, no es el propietario el que tiene que esperar indefinidamente o cargar con las consecuencias del retraso en la tramitación de un expediente de deslinde que puede alterar o no el ámbito superficial de la propiedad privada, ni puede tal acontecimiento futuro e incierto servir como argumento para denegar la incoación del expediente expropiatorio bloqueando la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, por lo que correctamente el Tribunal de instancia reconoció el derecho de los actores a que se inicie el expediente expropiatorio.”

C) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la ineficacia de la expropiación mediante ocupación directa tras la STC 61/1997, de 20 de marzo

La STS de 7 de marzo de 2007, Ar. 951, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada el 9 de octubre de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por el propietario de unos terrenos contra Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas que acordaba la ocupación directa de los mismos. La Sentencia de instancia declara la nulidad de dicho Acuerdo y, además, reconoce al actor el derecho a una indemnización por la ocupación ilegal de sus terrenos.

VIII. Expropiación Forzosa

El sistema de actuación urbanística aplicado por el Acuerdo municipal recurrido es el de ocupación directa que preveía el artículo 203 del TRLS de 1992 para obtener terrenos destinados a sistemas generales adscritos o en suelo urbanizable programado. Sistema que, como explica la Sala de instancia, resulta improcedente, por ineficaz, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo.

En efecto, la citada sentencia constitucional se pronunció sobre la naturaleza de la ocupación directa afirmando que ésta no es una simple técnica de gestión urbanística arbitrada por el legislador estatal, sino una determinación legal para habilitar una modalidad expropiatoria. Se trata de un sistema en el que obviando la expropiación, la Administración puede obtener los terrenos destinados a sistemas generales previa determinación de los aprovechamientos apropiables por sus titulares y, en su caso, la unidad de ejecución en que podrán hacerlos efectivos con una doble singularidad: a) la ocupación se realiza sin previo pago del justiprecio, al igual que ocurre en la expropiación de urgencia, y b) el justiprecio consiste en la adjudicación al propietario del aprovechamiento urbanístico patrimonializado para que lo haga efectivo en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real. Todo ello con arreglo a las reglas procedimentales previstas en el apartado 3 del artículo 203 del TRLS de 1992.

En este contexto, lo cierto es que la STC de 20 de marzo de 1997 no declaró la inconstitucionalidad del referido precepto. Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de diciembre de 2000, Ar. 551, afirmó que el mecanismo legal de la ocupación directa había quedado inoperante tras el mencionado pronunciamiento constitucional, pues aunque el artículo 203 del TRLS no hubiese sido anulado,

“para aplicar esta modalidad de obtención de terrenos dotacionales (...) se hace preciso acudir a otros preceptos del mismo cuerpo legal, entre ellos el artículo 151, que regula las unidades de ejecución con exceso de aprovechamiento real y que, sin embargo, ha sido declarado inconstitucional y nulo por la referida sentencia del Tribunal Constitucional, de manera que resulta ineficaz, por carecer de soporte legal, el empleo que se hubiese efectuado de dicho precepto. Otro tanto sucede con la delimitación de áreas de reparto y cálculo de aprovechamiento tipo, imprescindibles, según el subsistente párrafo último del artículo 205 del mencionado Texto Refundido, para que en suelo urbano quepa obtener terrenos dotacionales por ocupación directa, pues, al haber sido declarados nulos por el Tribunal Constitucional los artículos 94 a 99 de dicho Texto Refundido de la Ley del Suelo, el uso que se hubiese efectuado de dichos preceptos para hacer posible la ocupación directa es inconstitucional y nulo como lo son los preceptos utilizados a tal fin.

Nos encontramos, pues, con que, si bien quedó, una vez dictada la Sentencia 61/1997 por el Tribunal Constitucional, subsistente el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que permite la ocupación directa como modo de obtener terrenos destinados a sistemas generales, los demás instrumentos legales necesarios para que ello sea posible han sido declarados inconstitucionales y nulos, de manera que, en definitiva, tal modo de obtención de terrenos dotacionales ha devenido inoperante hasta el extremo de que, tratándose de la inconstitucionalidad y nulidad radical de los preceptos utilizados para obtener suelo destinado a sistemas generales, los actos amparados en esos preceptos

inconstitucionales quedan viciados de nulidad de pleno derecho, y así debe declararse cuando sean objeto de revisión jurisdiccional por haberse interpuesto oportunamente contra ellos un recurso contencioso-administrativo”.

Ateniéndose a esta doctrina, el Tribunal de instancia declaró la nulidad del Acuerdo municipal de ocupación directa y, dado que se había ocupado ya la finca y ejecutado la dotación pública sobre ella prevista, reconoció al actor una indemnización por el valor de la parcela, más los intereses legales devengados desde el momento de la ocupación. Por su parte, al resolver el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia por el Ayuntamiento de Las Palmas, el Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada por su anterior Sentencia de 12 de diciembre de 2000 para reafirmar la ineficacia del mecanismo de la ocupación directa tras la STC 61/1997.

No está de más añadir que esa ineficacia ha sido transitoria en la práctica, puesto que la legislación urbanística autonómica ha asumido el mecanismo expropiatorio de la ocupación directa (en muchos casos en términos idénticos a los que preveía el TRLS de 1992) dándole una nueva cobertura legal al mismo.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) El momento para precisar los bienes y derechos expropiados que han de valorarse en el justiprecio es en el que se aprueba el acuerdo de necesidad de ocupación, que inicia el expediente expropiatorio según el artículo 21.1 de la LEF

La STS de 7 de febrero de 2007, Ar. 793, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 21 de octubre de 2003 de la Audiencia Nacional, Ar. 49033, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un concesionario de minas contra una resolución del Ministerio de Fomento que reconoció el derecho de la recurrente a ser indemnizada por la pérdida del permiso de investigación minero del que era titular al inicio del expediente expropiatorio sobre los terrenos a los que dicho permiso se refería, pero denegaba la indemnización por el derecho de concesión minera esgrimiendo por la recurrente.

La argumentación de la expropiada en el proceso de instancia se centró, en síntesis, en que los derechos de explotación de los recursos minerales que ostentaba en virtud de la correspondiente concesión, otorgada por la Diputación General de Aragón el 5 de octubre de 1998, debían ser asimismo objeto de valoración al fijarse el justiprecio; pretensión que es acogida por la Audiencia Nacional tras confirmar que la concesión de explotación fue otorgada en la mencionada fecha, aunque la relación de bienes y derechos afectados por la expropiación hubiese sido aprobada con anterioridad, el 20 de mayo de 1998. Pese a ello, la sentencia de instancia reconoce el derecho de la actora a la inclusión de la concesión minera entre los bienes expropiados por entender que así resulta de lo dispuesto en el artículo 52.7 de la LEF, según el cual, una vez efectuada la ocupación de las fincas

VIII. Expropiación Forzosa

se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago, momento a partir del que operarían las previsiones del artículo 36.1 de LEF. La Audiencia Nacional entiende así que ha de atenderse al tiempo de iniciación del expediente de justiprecio para concretar los bienes expropiados y, puesto que al inicio de dicho expediente ya se había otorgado la concesión de explotación, estima el recurso jurisdiccional.

Contra dicha sentencia, la Administración del Estado interpuso recurso de casación por considerar infringido el artículo 36.2 de la LEF en relación con los artículos 36.1, 21.1 y 4, 52.1 y 52.7 de la misma, así como la jurisprudencia que interpreta estos preceptos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia impugnada y declara la conformidad a Derecho del acto administrativo originariamente dictado por el Ministerio de Fomento.

Según el Tribunal Supremo, la Sala a quo yerra en la interpretación de los artículos 52.7 y 36.1 de la LEF, pues el momento que ha de ser considerado para precisar los bienes y derechos expropiados es aquél en que se inicia el expediente expropiatorio, que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LEF es el momento en que se aprueba el acuerdo de necesidad de ocupación; cosa que en este caso se produjo el 20 de mayo de 1998, en cuya fecha la recurrente no era titular de la controvertida concesión minera que —como ha quedado dicho— fue otorgada en fecha posterior de 5 de octubre de 1998. En palabras de la sentencia comentada,

“El expediente expropiatorio que se inicia con la necesidad de ocupación contiene la necesaria relación de bienes identificados, a cuya determinación ha de estarse para la fijación del justiprecio, trámite que se inicia cuando, una vez firme el acuerdo declaratorio de la necesidad de ocupación, se procede a continuación a determinar el justiprecio en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley de Expropiación. Porque son, naturalmente, conceptos y momentos distintos los relativos al inicio del expediente expropiatorio, en que se concretan y definen los bienes y derechos susceptibles de expropiación, y aquel otro en que, una vez firme dicho acuerdo, se procede al inicio del expediente de justiprecio, a cuya fecha, como determina el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, ha de estarse para determinar, no los bienes y derechos concretos susceptibles de expropiación, determinados ya en el acuerdo anterior de necesidad de ocupación firme, sino, al contrario, el valor atribuible a esos bienes o derechos expropiables al tiempo de inicio de ese expediente de justiprecio.

Por ello y en definitiva, en el presente caso, la sentencia, al declarar la procedencia de la inclusión entre los bienes a valorar de la concesión administrativa, ha incurrido en la vulneración de los preceptos invocados por el recurrente en casación, pues no tiene en cuenta que los bienes o derechos a valorar al recurrente eran los existentes al inicio del expediente expropiatorio y no al de justiprecio, y en aquel momento el único derecho que tenía era el resultante del permiso de investigación, pero no la concesión de explotación, y ello con absoluta independencia de que el Jurado de Expropiación haya incluido o no una valoración de las reservas en el definitivo acuerdo que fijó el justiprecio, puesto que aquí se está discutiendo el acuerdo del Ministerio de Fomento que determinó solamente la posibilidad de incluir en el expediente expropiatorio, y como bien de necesaria expropia-

ción, el permiso de investigación, único derecho existente al inicio de dicho expediente, y en cuya fecha, de 20 de mayo de 1998, la recurrente no era titular de la concesión de explotación que le fue otorgada por la Diputación General de Aragón, con posterioridad, el 5 de octubre de 1998.”

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la desafectación tácita de la obra que motivó la expropiación a los efectos de ejercitar el derecho de reversión

La STS de 14 de marzo de 2007, Ar. 2288, reitera la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre la procedencia de admitir la desafectación tácita de los bienes o derechos que motivaron la expropiación a efectos reversionales con anterioridad a la modificación de los artículos 54 y 55 de la LEF por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Como recuerda la citada sentencia,

“El supuesto de la desafectación a que se refiere el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 en su originaria redacción, presupone, como señala la Sentencia de 6 de abril de 2005 por referencia a la de 25 de enero de 2005, la realización de la obra para la que en su día se efectuó la expropiación, y su posterior abandono, bien por desuso, o, bien por un cambio de uso, en cuyo caso la afectación desaparece, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa en su redacción originaria que reconoce, para el supuesto de desafectación de los bienes expropiados, el derecho de reversión a favor de los titulares de los bienes en ese momento.

En este recurso se cuestiona en el primer motivo la existencia de la desafectación apreciada en la sentencia de instancia en dos aspectos: primero, por considerar que la desafectación exige, por imperativo legal, declaración formal en tal aspecto; y segundo, por entender que al tiempo en que se pide la reversión no existía la desafectación tácita que la Sala deduce del informe pericial practicado en el proceso.

Pues bien, ninguna de las razones en que se funda el motivo puede compartirse, pues, en primer lugar, la Jurisprudencia de esta Sala se refiere a la desafectación tácita a los efectos de configurar la causa de reversión prevista en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, en numerosas sentencias, por todas las de 14 de noviembre de 1990, 2 de julio y 21 de septiembre de 2002, señalando que la desafectación puede ser expresa, mediante un acuerdo de la Administración, o tácita, deduciéndose de otros acuerdos o actos administrativos que claramente impliquen dicha expresión de voluntad, ello sin perjuicio de que, como señala la Sentencia de 22 de junio de 1991, sea necesario en este último caso que se deduzca de hechos que por su evidencia la revelan, correspondiendo la prueba de los mismos al solicitante de la reversión por constituir esta última forma de desafectación tácita una excepción a la regla general.

VIII. Expropiación Forzosa

En consecuencia, ese primer aspecto del motivo de casación no puede acogerse, pues la jurisprudencia es clara al interpretar el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, admitiendo la forma de desafectación tácita, siempre que la desvinculación de los bienes al fin que justificó la expropiación se manifieste por hechos concluyentes que no dejen duda al respecto y que así se acredite por quien invoca tal motivo de reversión.”

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Responsabilidad sanitaria. Exigencia de una desviación de la *lex artis ad hoc*. B) Carácter hipotético de la apreciación sobre la existencia de nexo causal en los casos de responsabilidad por omisión. C) Suicidio de internos. Moderación de la indemnización por concurrencia de causas. D) Indemnización de los perjuicios derivados de la aplicación de un acto conforme a la legalidad sustantiva pero viciado de incompetencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período considerado por esta crónica no han sido numerosos los pronunciamientos judiciales relevantes de cara a la formación de doctrina en la materia, pero no han faltado sentencias de interés. En esta ocasión merece ser destacada la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007, no tanto por novedosa como porque viene a consolidar del modo más natural el carácter culpabilístico de la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario. Así lo explicita la propia sentencia al proclamar que en este ámbito a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias adecuadas. Aun partiendo de este aserto, tan contundentemente dicho, la propia sentencia llega a una solución de corte cuasiobjetivo, al apartarse, con todo acierto, de la línea argumental que se manejaba según la cual la Administración no habría de responder en la integridad del perjuicio de la muerte del enfermo, aunque concurriera mala praxis en el tratamiento que le fue dispensado, porque lo más probable es que aquél hubiera fallecido en cualquier caso. Frente a este argumento, el Tribunal Supremo viene a declarar que esa probabilidad debe plantearse a la inversa, es decir, que es concebible que el desenlace hubiera sido otro de haber sido atendido el enfermo correctamente. Con ello el Alto Tribunal pone límite al intento de la Administración de exonerarse arguyendo la existencia de un nexo causal hipotético. Luce en esta decisión un buen juicio muy plausible pues al sustancial recorte que la garantía de la responsabilidad patrimonial de la Administración sufre ya como consecuencia de la aplicación de criterios culpabilísticos en el ámbito sanitario, no debe seguir reduciendo su fuerza en un caso como el descrito, en el que el anormal funcionamiento estaba demostrado.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria. Exigencia de una desviación de la *lex artis ad hoc*

Tanto la Sala de lo Civil como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han reiterado hasta la saciedad que la actividad sanitaria curativa es una actividad de medios, y no de resultados, de tal forma que para poder declarar la obligación administrativa de indemnizar ha de acreditarse la existencia de una desviación respecto de la buena práctica médica establecida en los protocolos médicos para cada patología, esto es, de la *lex artis ad hoc*.

Por la importancia de este principio, afirmado en el ámbito en el que se produce un mayor número de reclamaciones indemnizatorias, no huelga traer una vez más a estas páginas un pronunciamiento en este sentido. Se trata en esta ocasión de la **STS de 24 de enero de 2007**, Ar. 325. Se reclamaban daños y perjuicios por las graves secuelas como consecuencia de una intervención quirúrgica en la que se produjo una punción en una arteria. El Tribunal de Instancia, haciendo suya la apreciación del perito procesal, que a su vez coincide con el dictamen de la Inspección médica, considera que las mismas son una consecuencia posible de la intervención, a la que se hace mención en el consentimiento informado, y que representa un riesgo de la operación que se produce en el 5% de los casos, del mismo modo que es un accidente inevitable, al no disponerse de una técnica clínica o complementaria distinta a la aplicada. El Tribunal Supremo hace suyo este razonamiento.

B) Nexo causal hipotético en los casos de responsabilidad por omisión. Límites a la exoneración de responsabilidad de la Administración

Con no poca frecuencia, la afirmación de la existencia de un nexo causal encubre un juicio hipotético no siempre fácil de realizar, en particular en los casos de responsabilidad por omisión. Un ejemplo lo tenemos en la **STS de 7 de marzo de 2007**, Ar. 953, en la que reclama una mujer en nombre propio y en el de su hijo menor de edad, por el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, que, a su juicio, se produjo como consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria al no haber evaluado correctamente un electrocardiograma, que se le realizó pocos minutos antes de morir. En efecto, el fallecido, de treinta y un años había acudido a Urgencias aquejado de dolor de tórax y sin que este dolor se relacionara con ninguna lesión previa ni con esfuerzo físico alguno. Fue atendido por dos Doctores y una ATS que realizaron un reconocimiento y un electrocardiograma; al no apreciar patología alguna, dieron de alta al paciente con la única indicación de reposar y volver si se repetía el cuadro. Cuando se dirigía a su domicilio, y en el portal de su casa cayó fulminado al suelo y fue dirigido al mismo Centro de Salud del que había salido quince minutos antes; en este segundo ingreso sólo se pudo constatar su defunción. La autopsia fijó como causa del fallecimiento la de muerte súbita cardíaca. Se siguieron diligencias penales, que se archivaron, y posteriormente, se reclamó en vía administrativa y contenciosa.

IX. Responsabilidad Administrativa

La Sala de instancia constató que el perito neutral había estimado que, aunque los signos no eran claramente específicos, debería haber sido descartada la existencia de una cardiopatía isquémica y que la indicación del protocolo aconsejaba realizar una serie de exploraciones complementarias. En cualquier caso, y dado que el Centro de Salud carecía de medios para realizar dichas pruebas, según el autor del Informe, cabía pensar que el paciente habría fallecido en cualquier caso y que, aún disponiendo de medios muy avanzados, la evitación del fallecimiento no dejaba de ser una hipótesis. El Tribunal de Instancia concluyó que la actuación médica en el caso presente no fue la más adecuada y que el protocolo habría aconsejado someter al paciente a otras pruebas o, al menos, controlar su evolución de modo más directo por los médicos que lo trataron, y ello partiendo de una valoración correcta del electrocardiograma, cosa que tampoco se produjo. Por todo ello, entendió procedente la estimación parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial pero tomando en consideración que todos los informes eran conformes en que, aun habiendo actuado de otro modo, no había seguridad de haber salvado la vida del paciente pues resulta que siempre se pudo producir el fallecimiento durante el traslado a un Centro donde se dispusiera de los medios necesarios para intentar salvar la vida del fallecido. Por ello, consideró que lo que debía ser objeto de indemnización era la posibilidad (que no dejaba de ser una hipótesis) de que, habiendo actuado con arreglo al protocolo previsto en el caso concreto, se hubiera podido obtener otro resultado distinto al que finalmente se produjo. Por esa razón, al tratarse de la indemnización de una simple posibilidad, lo procedente era que el importe a indemnizar se atemperara prudentemente a las circunstancias y al concepto a indemnizar; por esta razón, estimó procedente fijar un importe indemnizatorio de 30.000 euros que consideró aproximadamente la mitad de la indemnización que se habría fijado para el caso de que el fallecimiento se hubiera debido a la falta de asistencia médica o a la irregularidad de la misma.

La sentencia fue recurrida en casación por las demandantes, que habían solicitado una cantidad de entre 50 y 100 millones de pesetas reclamadas, a precisar en ejecución de sentencia. El recurso sigue dos líneas argumentales. De una parte, considera que la Sentencia estaría indemnizando, por un supuesto “daño hipotético”, lo que no resulta procedente pues no cabe hablar a los efectos de la responsabilidad patrimonial, de daños en hipótesis, sino de si éstos existen o no y alega que si hubiese habido un diagnóstico certero, que hubiese permitido establecer un tratamiento adecuado, las posibilidades del paciente hubieran podido ser otras, y ello no cabe reputarlo como una hipótesis, que condicione la cuantía de la reclamación, por lo que hubiera debido otorgársele la indemnización que correspondiese en su totalidad. De otra, estima que la indemnización concedida de 30.000 euros resulta insuficiente para cubrir adecuadamente todos los perjuicios causados, entendiendo además que no se habría tenido en cuenta a la hora de fijar la indemnización, el daño moral ocasionado.

El Tribunal Supremo estima la primera argumentación. Recuerda los requisitos generales de la responsabilidad administrativa y añade la consideración de que en materia de responsabilidad sanitaria a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que

en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Hechas estas consideraciones, entiende que como consecuencia de una mala praxis no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad no poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa en el presente caso cuáles hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento, procede indemnizar no como erróneamente dice el Tribunal *a quo* por “una simple posibilidad”, sino por el efectivo fallecimiento del sujeto. Fija la indemnización procedente, atendiendo a la edad del fallecido, y a que tuviera una familia a su cargo, en concreto un hijo de escasa edad, en la cantidad de 360.607,26 euros o lo que es igual 60.000.000 de pesetas.

C) Suicidio de internos. Moderación de la indemnización por concurrencia de causas

La STS de 5 de febrero de 2007, Ar. 729, enjuicia una reclamación por las secuelas derivadas de un intento de suicidio de una interna en un centro médico, arrojándose por una ventana. Se trataba de una persona que llevaba dos años en estado de depresión y que había ingresado tras un intento de suicidio por ingestión de medicamentos. El psiquiatra había intentado la evaluación de la paciente tanto a las 24 horas del mismo día del ingreso como tres veces el día siguiente sin que fuera posible por encontrarse adormilada. Al día siguiente, la paciente se despertó, se arrancó la vía, se subió a la cama e intentó arrojar por la ventana, en estado de angustia y sin atender a ningún razonamiento. El psiquiatra acordó proceder a la sujeción mecánica para garantizar que continuara el tratamiento por vía. Por la mañana, logró deshacerse de dicha sujeción y se arrojó por la ventana sin que la única enfermera que estaba a su cuidado se apercibiese de ello, habiendo manifestado dicha enfermera que en el cambio de turno no se les informó sobre el estado de la paciente, manifestando igualmente que por circunstancias laborales, sólo una enfermera estaba al cuidado de todos los pacientes de la unidad de observación, cuando normalmente eran dos. La reclamante se produjo diversas lesiones. Además, al desconocer que estaba embarazada, se le realizaron varias RX por lo que a los pocos días se le sometió a una interrupción voluntaria del embarazo.

La Sentencia de instancia consideró que no podían imputarse los daños finalmente sufridos por la actora a la Administración sanitaria, por ruptura del nexo de causalidad debida al comportamiento de la víctima. Entendió relevante a estos efectos que el ingreso en el departamento de observación y no en la unidad de psiquiatría estaba justificado porque la paciente acababa de ser tratada de una ingestión masiva de medicamentos por lo que había que atender primeramente a la asistencia derivada de dicha intoxicación y no a la derivada del problema psiquiátrico; y no consta que la recurrente ni su familia hubiera aportado al centro hospitalario ninguna documentación que acreditara su tratamiento psiquiátrico previo y otros intentos autolíticos, ni hubiera efectuado ninguna advertencia sobre la cuestión. En consecuencia, todo lo ocurrido se debió a una voluntad suicida tan relevante que rompería el nexo de causalidad y haría a la propia paciente responsable de

IX. Responsabilidad Administrativa

sus actos pues habría debido superar por la fuerza los mecanismos establecidos por los médicos para evitar nuevos intentos autolíticos.

Para la recurrente en casación, por el contrario, habría habido una omisión de unas condiciones mínimas de vigilancia y seguridad, que hubieran sido exigibles, al haber ingresado aquélla como consecuencia de un intento de autolisis y habría sido esa omisión de las medidas de vigilancia, pese a conocerse los antecedentes, la que habría determinado los resultados lesivos por los que ahora se reclama. Entiende que ha existido una interpretación errónea, por parte del Tribunal *a quo*, de la jurisprudencia relativa a la existencia de nexo causal como elemento configurativo de la responsabilidad patrimonial y que los antecedentes depresivos de la paciente y el intento autolítico por el que fue ingresada, serían motivos suficientes para considerar que tenía sus facultades alteradas, por lo que era previsible un segundo intento de suicidio, como efectivamente ocurrió.

El Tribunal Supremo, con referencia a su línea jurisprudencial en asuntos como el presente, invocada por la recurrente, considera que en estos casos es necesario analizar si el intento de autolisis resultaba o no previsible a la vista de los antecedentes de la paciente, por cuanto si asentidos éstos podía resultar previsible lo ocurrido, hubiera devenido necesario adoptar las necesarias medidas de atención y cuidado. Debe igualmente precisarse si la conducta de la actora al arrojarle por la ventana, conforma o no una ruptura del nexo causal, para lo cual ha de determinarse si debido a su alteración mental era previsible que se comportase creando riesgos, que en condiciones de normalidad cualquier persona eludiría, pues si esa persona no se encuentra en tales condiciones de normalidad y ello es conocido por el servicio sanitario, éste tiene el deber de vigilar cuidadosamente el comportamiento de quien se encuentra privado de una capacidad normal de discernimiento. Para el Tribunal Supremo, en este caso era evidente que la actora no se encontraba en condiciones de normalidad y ello era conocido por el servicio sanitario que decide mantenerla ingresada en observación y que tenía por tanto el deber de vigilarle cuidadosamente, pues ninguna duda hay de que la paciente se encontraba privada de una capacidad normal de discernimiento debido a su alteración mental y tal alteración hacía previsible que se comportase creando riesgos como el de un nuevo intento de suicidio que efectivamente realizó. Así las cosas debe concluirse que no se tomaron en el Centro hospitalario las medidas de previsión y cuidado necesarios, sin que pueda considerarse como indebidamente hace la sentencia de instancia que la conducta de la actora constituyera una ruptura del nexo causal, porque sin perjuicio de tener en cuenta esa conducta a la hora de moderar la indemnización procedente, lo cierto es que debido a su alteración mental, que era precisamente la causa de su hospitalización, era previsible que se comportase creando riesgo que cualquier persona en situación de normalidad eludiría, mientras que el conocimiento de todas esas circunstancias imponía a la Administración sanitaria el deber de vigilar cuidadosamente su comportamiento, lo que no ocurrió en el caso de autos, determinando esa omisión del deber de cuidado que la recurrente se lanzase por una ventana. La Sentencia tiene en cuenta, en efecto, que aun cuando la conducta de la propia recurrente no constituye una ruptura del nexo causal, sí que ha de ser tenida en cuenta como factor de moderación de la indemnización procedente y, valorando todas las circunstancias, fija la indemnización en 180.303,63 euros.

D) Indemnización de los perjuicios derivados de la aplicación de un acto conforme a la legalidad sustantiva pero viciado de incompetencia

¿Han de indemnizarse los daños derivados de una actuación administrativa conforme con la legalidad sustantiva pero viciada de incompetencia?

Como regla general, el Derecho comunitario y comparado responden negativamente a esta cuestión, a través de diversas líneas argumentales: bien negatorias del nexo causal o de la existencia de un perjuicio, bien, en fin, mediante una regla específica según la cual los vicios de competencia o procedimiento excluyen la indemnización cuando la decisión en sí es conforme con la legalidad sustantiva.

En nuestro Derecho administrativo, el tema no ha sido objeto de un análisis acabado, por eso tiene especial interés traer a colación la **STS de 16 de febrero de 2007**, Ar. 738, que tiene como presupuesto fáctico la paralización de las obras de una urbanización en la Costa del Sol, que cuentan con licencia municipal, por decisión de la Demarcación de Costas de Málaga, al amparo del artículo 103.1 de la Ley de Costas. La paralización fue anulada por sentencia de 1991, al considerar, conforme a la jurisprudencia constitucional, que la competencia para la tutela y control del uso de las zonas de servidumbre corresponde a las Comunidades Autónomas y no al Estado. El Estado, condenado a indemnizar por el Tribunal de Instancia, alega que, en definitiva, actuó en interés de la Comunidad Autónoma, de manera que el afectado no puede afirmar que ostentara derecho a la ejecución de las obras, pues afectaban a la zona de servidumbre y carecía de autorización a tal fin. El Tribunal Supremo considera que al margen de la valoración jurídica que finalmente merezca la actuación urbanística llevada a cabo por la entidad recurrida, ha de tenerse en cuenta que venía amparada por la licencia municipal y si bien quedaba igualmente sujeta al control derivado del respeto al dominio público marítimo-terrestre y zona de servidumbre en los términos establecidos en la Ley de Costas, no puede considerarse que el mismo se haya ejercitado por la Administración de manera razonable cuando faltaba el presupuesto básico para su actuación como es la competencia, de manera que a la anulación del acto se une la falta de observancia de un requisito esencial con trascendencia respecto del administrado, que se ve sujeto a la actividad de control de una Administración que no está facultada para ello, por lo que no es de apreciar el deber de soportar las consecuencias de tal actuación administrativa.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso. A) La comprobación de los méritos y la aplicación de la puntuación correspondiente a los mismos, según el baremo establecido en la convocatoria, no constituye un ejercicio de discrecionalidad técnica. B) Los Tribunales calificadores deben actuar con sujeción a las bases de la convocatoria y a los criterios fijados por ellos mismos. **3. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. a) Convocatoria que impide a ciertos Cuerpos de funcionarios concurrir a la provisión de determinados puestos por libre designación. Presunción de inidoneidad contraria al artículo 23.2 CE. b) Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Falta de justificación del recurso a dicho sistema de provisión en atención a la naturaleza de las funciones del puesto. B) Cuerpos y titulaciones. Prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el principio de exclusividad y reserva de puestos de trabajo a uno o varios Cuerpos. **4. Derechos colectivos. Negociación colectiva.** A) El principio de autonomía local no ampara que un Acuerdo pueda rebasar los límites retributivos establecidos por la ley estatal de presupuestos. B) El derecho a la negociación colectiva garantiza la participación de los sindicatos que hayan obtenido un determinado porcentaje en las correspondientes elecciones sindicales, con independencia del porcentaje real existente en un determinado momento. **5. Derechos retributivos.** A) Cuestiones generales. El funcionario tiene un auténtico derecho adquirido, cual es el mantenimiento de lo que se ha llamado el equivalente patrimonial o montante consolidado de sus retribuciones íntegras. B) Retribuciones del funcionario en prácticas. La opción retributiva se aplica aunque el nombramiento como funcionario en prácticas se haya producido en otra Administración distinta de la de procedencia. C) Complemento específico. a) Los variables aspectos que pretende cubrir este complemento justifican su atribución diferente incluso para puestos del mismo nivel. b) La igualdad de trato retributivo no debe establecerse con el Cuerpo Funcionario o el Ministerio de adscripción del funcionario, sino con las concretas condiciones de trabajo de otro puesto

similar. **6. Derechos funcionales. Derecho al cargo.** No existe fundamento alguno para privar al funcionario de su destino cuando el órgano pericial médico no ha apreciado la falta de aptitud para el cumplimiento de las funciones propias del servicio.

7. Incompatibilidades. La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas no es aplicable al personal del Colegio Oficial de Ingenieros Navales y Oceánicos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge numerosas sentencias de distintos órganos judiciales. Entre las sentencias seleccionadas destacan las relativas a derechos de los empleados públicos, así como otras muchas relativas a la titulación exigible para la provisión de puestos de trabajo.

2. ACCESO

A) La comprobación de los méritos y la aplicación de la puntuación correspondiente a los mismos, según el baremo establecido en la convocatoria, no constituye un ejercicio de discrecionalidad técnica. Cuerpos docentes

Los Tribunales de Justicia pueden revisar y corregir la puntuación otorgada por la Administración a un determinado aspirante si, con sujeción a lo dispuesto por las bases de la convocatoria, se limitan a comprobar la duración de la experiencia docente y a aplicar la puntuación correspondiente a cada curso académico o fracción inferior de tiempo. En tal caso, como sostiene la STS de 9 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 131454, no se produce ninguna intromisión en la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, pues se trata de una simple operación matemática y no de un juicio técnico o científico. En otras palabras, según la STS de 9 de abril de 2007, los Tribunales, en ejercicio de su función de control de la actuación de las Administraciones Públicas, pueden revisar, mediante los justificantes aportados, el tiempo durante el que un participante en un proceso selectivo ha enseñado en centros docentes públicos y privados, y aplicar después la puntuación correspondiente según los baremos establecidos en la convocatoria.

B) Los Tribunales calificadoros deben actuar con sujeción a las bases de la convocatoria y a los criterios fijados por ellos mismos

Según reiterada jurisprudencia, las bases de la convocatoria de un concurso o proceso selectivo constituyen la norma que rige el desarrollo y la resolución de los mismos, de modo que vinculan tanto a los aspirantes como a la Administración y a los Tribunales calificadoros. En el caso enjuiciado por la STS de 18 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección

Séptima, Ar. 131250, de conformidad con las bases de la convocatoria, correspondía al Tribunal calificador único preparar las pruebas a realizar en cada ejercicio, los criterios de valoración aplicables a las mismas, así como los mínimos necesarios para proceder a corregir los segundos ejercicios. Todas estas determinaciones son vinculantes para los Tribunales Delegados.

Tras revisar el proceso selectivo, la Sala ha comprobado que el Tribunal calificador se apartó de las normas reguladoras del mismo, pues el segundo ejercicio del recurrente reunía los requisitos mínimos para ser evaluado y, sin embargo, el Tribunal dejó de calificarlo. Esta actuación revisora seguida por la Sala no excede de sus funciones jurisdiccionales, pues no se ha colocado en la posición del tribunal calificador, sino que se ha limitado a ordenar la retroacción del procedimiento al momento en que dicho órgano debió efectuar la evaluación correspondiente.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo

a) Convocatoria que impide a ciertos Cuerpos de funcionarios concurrir a la provisión de determinados puestos por libre designación. Presunción de inidoneidad contraria al artículo 23.2 CE

Mediante Órdenes de 20 de noviembre de 2001 del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de la Diputación General de Aragón, se convocó la provisión por libre designación de las plazas de Directores del Servicio Provincial de Huesca y Teruel. Ambas convocatorias exigían que los aspirantes fuesen funcionarios del Grupo A, excluyendo a los funcionarios de “los sectores de Docencia, Investigación, Sanidad, Servicios Postales y Telegráficos, Instituciones Penitenciarias y Transporte Aéreo y Meteorología”, alegando que estos Cuerpos resultan absolutamente ajenos a las funciones de gestión administrativa propias de los puestos convocados. Las Órdenes mencionadas señalan que el contenido de los puestos consiste en “las funciones propias del puesto en materia objeto del Departamento a nivel provincial”. La legalidad de estas Órdenes fue confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

La **STC 129/2007, de 4 de junio**, Sala Primera, declara que las resoluciones mencionadas vulneran el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, por lo que otorga el amparo solicitado. A juicio del Tribunal Constitucional, la exclusión de los funcionarios indicados, supone una presunción de inidoneidad por su sola pertenencia a determinados Cuerpos. La pertenencia de los funcionarios a los Cuerpos señalados no permite sostener *a priori* que no vayan a estar en condiciones de desempeñar adecuadamente las funciones de los puestos convocados. Señala la STC 129/2007 que no hay razón alguna que justifique la exclusión de los funcionarios de los Cuerpos docentes, colectivo al que pertenece el solicitante de amparo, pues existen funcionarios docentes especializados en la rama de gestión de las Administraciones Públicas, y existen también diversas titulaciones académicas en las que la protección del medio ambiente constituye el núcleo formativo.

b) Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Falta de justificación del recurso a dicho sistema de provisión en atención a la naturaleza de las funciones del puesto

Como es sabido, el sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios es el concurso y, sólo excepcionalmente y en atención a la naturaleza de las funciones del puestos a proveer (secretarías de altos cargos, funciones de dirección o de especial responsabilidad), tendrá cabida el sistema de libre designación [artículo 20.1.b) LMRFP].

En aplicación del precepto citado, la STS de 23 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 131152, anula el apartado del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia por el que se aprobó la modificación de la relación de puestos de trabajo del Consello Consultivo, estableciendo el sistema de libre designación para la provisión de los cuatro nuevos puestos de secretarios/as (nivel 20) de Conselleiros (altos cargos). Si bien el artículo 20.1.b) de la LMRFP alude a las secretarías de altos cargos como puestos de posible provisión mediante el sistema de libre designación, no es menos cierto que el recurso a este sistema de provisión deberá ir precedido de la consideración de las funciones propias de los puestos de secretaría y de las de los altos cargos a los que aquéllos estén vinculadas, pues la especial relación de inmediatez y confianza entre unos y otros es determinante para la legitimidad del sistema de libre designación.

A juicio de la Sala, la Administración gallega no ha aportado razones ni ha invocado norma autonómica alguna que determine la inclusión de los puestos de trabajo litigiosos entre los que, de acuerdo con la normativa estatal básica, podrían ser provistos mediante libre designación. A los efectos indicados, no cabe atribuir virtualidad alguna a la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Galicia para el año 2002, que establece una equiparación retributiva entre estos Conselleiros y otros altos cargos, pues dicha norma no aporta ningún detalle sobre la naturaleza de las funciones de los primeros ni sobre la posibilidad de acudir al sistema de libre designación. En consecuencia, volviendo a lo dispuesto por la legislación estatal básica, la STS de 23 de abril de 2007 entiende que la Memoria de modificación de la relación de puestos de trabajo del Consello Consultivo de la Xunta de Galicia no explica por qué las tareas administrativas que antes correspondían a puestos provistos mediante concurso deben realizarse ahora por personas que accedan al puesto por el sistema de libre designación, sin que sea suficiente al efecto la alegación de que el personal que ocupe tales secretarías ha de gozar de la confianza de sus superiores y mantener confidencialidad respecto de los asuntos propios del puesto de trabajo.

B) Cuerpos y titulaciones. Prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el principio de exclusividad y reserva de puestos de trabajo a uno o varios Cuerpos

En virtud de la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el principio de exclusividad y reserva de puestos de trabajo a uno o varios Cuerpos, la STS

de 16 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 131331, desestima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes contra el Decreto que actualizaba la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía. La corporación colegial mencionada pretendía que para el desempeño de una serie de puestos de trabajo se exigiese estar en posesión de la titulación de Ingeniero de Montes (o Ingeniero de Montes e Ingeniero Técnico Forestal en el caso de las plazas abiertas a los Grupos A y B), y que se excluyese del acceso a dichos puestos a otros titulados.

Siguiendo el criterio de la Administración, la Sala señala que la titulación exigida para la ocupación de un puesto de trabajo no debe establecerse en función de la denominación del puesto sino atendiendo al área funcional al que pertenezca dicho puesto. A tal efecto, se entiende por área funcional el conjunto de actividades, procedimientos y tareas homogéneas con características comunes respecto de los conocimientos y formación necesarios. Pues bien, los puestos cuestionados pertenecen a un área funcional común y lo bastante amplia como para que la Administración, ejerciendo correctamente su potestad de autoorganización, pueda permitir su ocupación por distintos titulados, sin efectuar una reserva exclusiva a favor de los Ingenieros de Montes.

Conviene recordar, como hace la STS de 16 de abril de 2007, que de conformidad con el artículo 15.2 de la LMRFP los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta, pudiendo adscribirse en exclusiva a determinados Cuerpos o Escalas cuando así derive necesariamente de la naturaleza y funciones propias de los mismos y lo determine el Gobierno a propuesta del Ministro de la Presidencia. Según la STS de 16 de abril de 2007 la orientación actual de la jurisprudencia, lejos de consagrar monopolios profesionales a favor de determinados titulados, se caracteriza por permitir la ocupación de los puestos por titulados que reúnan un nivel de conocimientos adecuados.

En aplicación de la doctrina expuesta, la STS de 16 de abril de 2007, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar.131334, desestima el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro. En este caso, el Colegio Oficial recurrente pretendía que el acceso a determinados puestos de trabajo de diversos Departamentos y Organismos autónomos de la Administración Vasca se limitase en exclusiva a los arquitectos y se impidiese la entrada de otros ingenieros superiores.

Tampoco aquí prospera la pretensión de los recurrentes, pues insiste la Sala en que la Administración, en uso de su potestad de autoorganización, puede exigir para el acceso a un puesto de trabajo las titulaciones que considere más adecuadas en función de las tareas a desempeñar. Partiendo de la prevalencia del principio de libertad con idoneidad sobre el principio de exclusividad, entiende la STS de 16 de abril de 2007 que arquitectos e ingenieros superiores comparten un mismo fondo de conocimientos técnicos que, sin perjuicio de las especialidades propias de cada una de estas titulaciones, permite a unos y a otros desempeñar con idoneidad y con capacidad técnica común determinados puestos de trabajo.

4. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) El principio de autonomía local no ampara que un Acuerdo pueda rebasar los límites retributivos establecidos por la ley estatal de presupuestos

La STS de 21 de marzo de 2007 ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Irún contra la Sentencia del TSJ del País Vasco que había estimado el recurso contencioso-administrativo planteado por la Administración General del Estado. Dicha sentencia había declarado la nulidad del Acuerdo adoptado en el Ayuntamiento por el que se rebasaban las previsiones presupuestarias estatales en la negociación de las condiciones retributivas del personal del Ayuntamiento. El recurso de casación pretende basarse, entre otros motivos, en la presunta vulneración del principio de autonomía local que, a juicio del Ayuntamiento recurrente, ampara las potestades de los entes locales para determinar las retribuciones del personal a su servicio. La validez de los incrementos retributivos vendría justificada por dos motivos: la eficacia que ha de reconocerse a los pactos obtenidos en el marco de la negociación colectiva y por la virtualidad que debe otorgarse al principio de autonomía local.

La STS, no obstante, rechaza dicha argumentación porque la negociación colectiva no opera en las Administraciones públicas con la amplitud que el recurso pretende, ni la autonomía local tiene ese alcance que se le atribuye. “Los términos de la negociación de los incrementos retributivos en las Administraciones públicas los señala la Ley 9/1987, de 12 de junio, cuyo artículo 32.a) reconoce la prioridad que en esta materia corresponde a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Asimismo, la autonomía local constitucionalmente reconocida consiste en esencia en el derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, pero no se traduce en una competencia ilimitada; es un poder de autoorganización al que corresponden ciertamente competencias, pero éstas tienen el alcance y los límites legalmente establecidos, entre los que se encuentran los que en materia retributiva acaban de señalarse”.

B) El derecho a la negociación colectiva garantiza la participación de los sindicatos que hayan obtenido un determinado porcentaje en las correspondientes elecciones sindicales, con independencia del porcentaje real existente en un determinado momento

La STS de 19 de abril de 2007 ha desestimado el recurso de casación presentado por el Gobierno riojano frente a la Sentencia del TSJ de La Rioja por la que se estimó el recurso deducido por el Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras de la Enseñanza contra la vía de hecho consistente en su exclusión de la Mesa General de Negociación. En esta sentencia había quedado acreditado que el sindicato recurrente había obtenido en las últimas elecciones celebradas un porcentaje superior al 10% de los representantes para Delegados y Juntas de Personal. A partir de ahí, la sentencia había considerado que su presencia en la mesa de negociación era necesaria hasta que se celebraran nuevas elecciones, pese a que, como consecuencia de la integración de un gran número de funcionarios procedentes de un traspaso de servicios a la Comunidad Autónoma dicho porcentaje hubiera descendido al 8,13%.

X. Función Pública

El Gobierno de La Rioja recurre esta resolución por entender que supone una violación del artículo 30 de la Ley 9/1987, en relación con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, al imponer a la mesa de negociación la presencia de un sindicato que en ese concreto momento ya no alcanza el 10% de representación y, en consecuencia vulnera el derecho de negociación colectiva, como derivado del de libertad sindical, imponiendo a la Administración un interlocutor no legitimado y a los sindicatos legitimados un compañero de negociación que no tiene la representación legalmente requerida.

De los preceptos mencionados se desprende que los interlocutores con la Administración serán los que tengan la condición de sindicatos más representativos (tengan o no un determinado porcentaje en el ámbito territorial de la mesa de negociación), y aquellos que, no teniendo dicho carácter, sin embargo hayan obtenido en las elecciones sindicales, celebradas en el ámbito de representación de la mesa, más de un 10% de los votos. De ahí deduce el TS que para ser interlocutor no es condición *sine qua non* el superar en las elecciones sindicales un 10% de representación, siempre referido, al ámbito de la mesa de negociación, de tal suerte que el derecho a la negociación colectiva garantiza la participación de quienes han obtenido ese mínimo, pero no una correlación de fuerzas proporcional al porcentaje de representación, pues las organizaciones sindicales más representativas, por mandato legal, tienen derecho a estar presentes en dicha negociación, aun no alcanzando dicho porcentaje.

Por otra parte, como sostiene el artículo 7.2 de la LOLS, también estarán legitimadas las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10% o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas. Es decir, tanto este precepto, como el artículo 30 de la Ley 9/1987, hablan de porcentajes obtenidos en elecciones sindicales, no de porcentajes reales existentes en un determinado momento. Por ello considera la STS que la sentencia impugnada no infringe estos preceptos, sino que hace de ellos una interpretación ajustada a Derecho, toda vez que los Tribunales han de interpretar las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales. Dado que los participantes en una mesa pueden tener una representación inferior proporcionalmente al número de electos en las elecciones sindicales, es más conforme con el derecho de participación sindical el mantener el derecho de participación de quien lo obtuvo legítimamente en las urnas, que no impide el derecho de participación de los demás sindicatos, que negarla con base a una pérdida virtual de representación que sólo se constatará en unas nuevas elecciones.

5. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Cuestiones generales. El funcionario tiene un auténtico derecho adquirido, cual es el mantenimiento de lo que se ha llamado el equivalente patrimonial o montante consolidado de sus retribuciones íntegras

La STSJ del Principado de Asturias de 14 de septiembre de 2006, Ar. 251902, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente. Se trataba de un funcionario de la Administración General del Estado del grupo B cuyo puesto de trabajo tenía asignado un

nivel 24 de complemento de destino y complemento específico de especial dedicación e incompatibilidad. El funcionario había sido transferido a la Administración del Principado de Asturias y como consecuencia de la posterior aprobación de una nueva relación de puestos de trabajo en la nueva Administración su puesto pasó a estar encuadrado con nivel 21 de complemento de destino con misma denominación, sin variación del contenido funcional de su trabajo que sigue siendo el mismo, y con complemento específico clase A. Ante dicha situación el funcionario alega que no se le respetan los derechos correspondientes al nivel que tenía asignado su puesto de trabajo y que el nuevo complemento específico no incluye el concepto de incompatibilidad que sí contemplaba su anterior complemento.

La STSJ rechaza las pretensiones formuladas por el recurrente con base en la aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos de los funcionarios públicos. El funcionario, aun cuando no tiene un derecho adquirido a mantener una determinada estructura retributiva, sí que tiene derecho a que, ya sea en una reclasificación del puesto de trabajo o en caso de transferencia, se produzca la permanencia o respeto de ese montante consolidado de sus retribuciones íntegras, toda vez que “frente al poder organizativo de la Administración el funcionario no puede esgrimir con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar; facultad organizativa de la Administración que comprende el regular los servicios de la forma que estima más convenientes sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización o de situaciones que pretenda superar”.

El funcionario tiene, por lo que respecta a sus retribuciones, un auténtico derecho adquirido, cual es el mantenimiento de lo que se ha llamado el equivalente patrimonial o montante consolidado de sus retribuciones. Así lo dice en términos bien claros la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998: “dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas sea eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos (Sentencias de 17 de febrero y 11 de julio de 1988)”. El recurso a esta argumentación justifica en este caso la desestimación del funcionario recurrente de “petrificar” el nivel asignado al puesto de trabajo en la organización estatal.

B) Retribuciones del funcionario en prácticas La opción retributiva se aplica aunque el nombramiento como funcionario en prácticas se haya producido en otra Administración distinta de la de procedencia

En el presente caso se trataba de dilucidar si el demandante, funcionario de la Generalitat que había superado el proceso selectivo para ingreso en la Policía Local del Ayuntamiento

del Prat de Llobregat y había sido nombrado funcionario en prácticas, tenía derecho a percibir durante la realización del curso básico de policía local las retribuciones que le correspondían como funcionario en prácticas exclusivamente, o podía optar por seguir percibiendo las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupaba en la Generalitat de Cataluña. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona resuelve la controversia estimando parcialmente la demanda y reconociendo el derecho de opción del recurrente.

Contra dicha sentencia la representación del Ayuntamiento interpuso recurso de casación en interés de la Ley solicitando que se declarara la doctrina legal “en el sentido de que la opción a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 456/1986, de 10 de febrero, por el que se establecen las retribuciones correspondientes al puesto que estaba desempeñando hasta el momento de su nombramiento como funcionario en prácticas, además de los trienios que tuviera reconocidos, sólo es aplicable a los funcionarios que pertenecen a la misma Administración, no cuando la Administración de origen es distinta de la Administración a la que pretenden acceder y en la que se encuentran en situación de funcionarios en prácticas”.

La **STS de 26 de abril de 2007** declara no haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto. Reconoce el Tribunal que ciertamente sorprende que, como consecuencia de que un funcionario apruebe un proceso selectivo, la Administración de origen haya de soportar un gasto de quien posiblemente optará en el futuro por abandonar dicha Administración, quedando en situación de excedencia, por optar por el nuevo puesto de trabajo, o que la Administración que selecciona a un funcionario en prácticas haya de pagar más al mismo, porque, mientras que se forma en un curso complementario, prestado además por una Administración distinta, como ocurre en el caso presente, aquél opta por seguir cobrando el sueldo que tenía en otra Administración distinta. Evidentemente ello supone un exceso de coste salarial para una Administración distinta de la de origen del funcionario en prácticas o, incluso, de la que posiblemente sea el destino ulterior del funcionario.

Sin embargo, lo decisivo para el Tribunal es la situación administrativa en que está el funcionario, que tras haber superado un proceso selectivo en el nuevo puesto de trabajo es nombrado funcionario en prácticas. “Ante la falta de una previsión específica legal, que sería deseable, la situación no puede ser otra que la de funcionario en activo. Entre otras cosas, porque es posible que no supere el proceso selectivo, y por ello se prevé tras el mismo el reingreso al puesto de origen hasta la toma de posesión del nuevo, cosa que no ocurriría si la situación fuera ya la de excedencia voluntaria. Y además, porque una vez que haya consolidado el nuevo puesto de trabajo puede optar por permanecer en uno o en otro, quedando en el desechado, en situación de excedencia voluntaria, sin que pueda presumirse *a priori* cuál puede ser la decisión del funcionario. Se trata, en definitiva, de favorecer la formación y carrera de los funcionarios públicos y por ello, para no castigar salarialmente al funcionario que dedica su esfuerzo a promocionarse en un nuevo puesto de trabajo, se le permite optar por mantener el salario correspondiente al puesto de trabajo de origen. Desde la premisa antes dicha de que la situación de estos funcionarios en el puesto de origen es la de activo, la imputación del coste salarial a cualquier Adminis-

tración que tenga esta relación con él, es admisible jurídicamente, aunque quepan otras soluciones normativas”.

Es verdad que, como ocurre en el caso presente, la norma, trata de favorecer al funcionario. Pero esas situaciones, por lo demás no excepcionales (piénsese, por ejemplo, en el gasto sanitario de Comunidades Autónomas receptoras temporales de ciudadanos residentes legalmente en otras), no suponen una vulneración del principio de autonomía municipal, por lo demás no justificada, y son además bilaterales, de tal forma que una vez se pueden ver perjudicadas unas Administraciones y en otras favorecidas.

C) Complemento específico

a) Los variables aspectos que pretende cubrir este complemento justifican su atribución diferente incluso para puestos del mismo nivel

La STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2007, Ar. 127877, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente sobre reconocimiento de complemento específico. Había solicitado la declaración de nulidad del decreto autonómico que aprobaba las relaciones de puestos de trabajo y que contemplaba complementos específicos distintos para puestos de trabajo pretendidamente similares. En concreto, el actor consideraba que ambos puestos de trabajo de asesor técnico, nivel 22 y nivel 24, podían ser ocupados indistintamente por titulados del grupo A (Ingeniero Industrial), como por titulados del Grupo B (Ingeniero Técnico Industrial). Con arreglo a la relación de puestos de trabajo impugnada, al funcionario le resultaba vedado el acceso mediante el correspondiente proceso selectivo que se pudiera convocar a los puestos de asesor técnico, nivel 24, por resultar clasificados exclusivamente como grupo de titulación A. Todo ello teniendo en cuenta que, a juicio del recurrente, existía plena identidad de contenidos competenciales ejercidos en ambos puestos de asesor técnico, nivel 22 y nivel 24, cuya diferencia de niveles ya toma en consideración la diferente titulación con la que se enfrentan al puesto de trabajo.

Con relación al complemento específico asignado a cada grupo o nivel, recuerda la Sala que dicho complemento está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, siendo la cuantía de este complemento sumamente variable, incluso entre puestos del mismo nivel. Estos difusos parámetros definidores del complemento específico han quedado objetivados por la valoración que, en las respectivas relaciones, se hace de cada tipo de puesto de trabajo. Precisamente al retribuir este complemento las peculiaridades de los puestos de trabajo concretos, no tiene por qué ser el mismo para todos ellos, incluso aunque sean del mismo nivel. Por consiguiente, el hecho de que al puesto desempeñado por el recurrente le haya sido asignado un complemento específico diferente a los otros con que los compara no es, en principio, determinante de ilegalidad. Es más, la práctica de

la Administración demuestra abundantemente la existencia de distintos complementos específicos para puestos de trabajo incluso del mismo nivel del complemento de destino, debido precisamente a los variables aspectos que contempla aquel concepto retributivo.

La STSJ de las Islas Canarias de 15 de septiembre de 2006, sin embargo, ha estimado el recurso presentado por la funcionaria recurrente, toda vez que en la misma provincia otros funcionarios del mismo cuerpo (Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social), cuyos puestos de trabajo y dedicación no presenta ninguna diferencia con el de la recurrente, tienen asignado un nivel 27 y un complemento específico superior al de la actora (nivel 26). Recuerda la sentencia que en el ejercicio de su potestad autoorganizativa, la Administración puede fijar libremente, dentro de los límites legalmente establecidos, el nivel de las retribuciones complementarias correspondiente a los puestos de trabajo de su organización, pero, lógicamente, esa potestad ha de actuarse de manera coherente, con el fin de evitar desigualdades injustificadas que pueden dar lugar a discriminaciones inaceptables en el seno de su propia organización. En este caso, las diferencias retributivas que había establecido la Administración entre ambos puestos de trabajo es discriminatoria, al carecer de justificación objetiva y razonable.

b) La igualdad de trato retributivo no debe establecerse con el Cuerpo Funcionarioal o el Ministerio de adscripción del funcionario, sino con las concretas condiciones de trabajo de otro puesto similar

La STSJ de Castilla y León de 12 de septiembre de 2006, Ar. 258302, también ha desestimado la pretensión ejercitada por el funcionario recurrente, motorista perteneciente al cuerpo de conductores del parque móvil ministerial y con destino en la Subdelegación del Gobierno en Palencia, de reconocimiento del mismo complemento específico que tienen asignado sus demás compañeros del cuerpo de Conductores y de Taller procedentes del Ministerio de Hacienda y ahora pertenecientes igual que el demandante al Ministerio de Administraciones Públicas. La Sala desestima dicha pretensión por considerar que sería un error evidente equiparar, sin más, a los conductores adscritos al Ministerio de Hacienda con los adscritos al Ministerio del Interior y los de los servicios periféricos correspondientes, porque las condiciones de desempeño de las funciones no tienen por qué ser las mismas de cara a definir la penosidad, especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad y peligrosidad de unos y otros puestos. Entiende la Sala que si el puesto que ocupa el demandante es el de motorista en una Subdelegación del Gobierno, la igualdad de trato retributivo no debe establecerse con el Cuerpo Funcionarioal o el Ministerio al que los conductores quedan adscritos, sino con las condiciones de trabajo de otro puesto similar incardinado en un servicio periférico perteneciente al Ministerio de Hacienda. Este planteamiento, sin embargo, no ha sido efectuado por el recurrente, ya que se limita a alegar una pretendida “igualdad absoluta” entre conductores de uno y otro Ministerios, cuando los servicios que prestan no tienen por qué ser los mismos.

6. DERECHOS FUNCIONALES. DERECHO AL CARGO. NO EXISTE FUNDAMENTO ALGUNO PARA PRIVAR AL FUNCIONARIO DE SU DESTINO CUANDO EL ÓRGANO PERICIAL MÉDICO NO HA APRECIADO LA FALTA DE APTITUD PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DEL SERVICIO

La STSJ de Extremadura de 16 de octubre de 2006, Ar. 267722, ha estimado la pretensión formulada por un funcionario perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil que había formulado un recurso contra la Resolución de la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior por la que se acordaba el cese del demandante en el destino que hasta ese momento tenía asignado.

La Administración había decretado el cese amparándose en lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 42/1999, a cuyo tenor “1. Al Guardia Civil que, como consecuencia de los reconocimientos médicos y pruebas físicas a los que se refiere el artículo 49 de esta Ley, le sea apreciada una insuficiencia de condiciones psicofísicas para el servicio, motivada por lesión o enfermedad, que no resulte irreversible, permanecerá en la situación administrativa en la que se encuentre. 2. En el momento en que la insuficiencia citada en el apartado anterior se presuma definitiva o, en todo caso, transcurrido un período de dos años desde que le fue apreciada, se iniciará el expediente que se regula en el artículo 55 de esta Ley. El afectado cesará en su destino si lo tuviere y mantendrá la misma situación administrativa hasta la finalización del referido expediente”.

La Sala interpreta que la causa determinante del cese en el destino no es la incoación del expediente administrativo que se regula en el artículo 55 de la Ley sino la apreciación por el órgano técnico evaluador de la aptitud psicofísica de una insuficiencia de condiciones psicofísicas para el servicio. Se trata de una previsión normativa lógica que tiene una doble finalidad: la de asegurar la debida prestación del servicio público, que difícilmente podrá realizar quien es considerado por los médicos como no apto para hacerlo o lleva ya más de dos años de baja, y la propia protección del funcionario, el cual podría ver perjudicado su estado de salud de seguir ocupando el puesto asignado. Aplicando esta interpretación al supuesto examinado, observa el Tribunal que la patología diagnosticada al recurrente (hernia discal) le hace apto para el servicio, sin que ello suponga incapacidad permanente o absoluta, imposibilitándole sólo parcialmente para las funciones propias del Cuerpo. Así pues en este caso, no resulta adecuada la interpretación realizada por la Administración para el cese, al tratarse de una aplicación automática que no responde a la finalidad legal, lo que lleva a la Sala a anular la resolución recurrida.

7. INCOMPATIBILIDADES. LA LEY 53/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS NO ES APLICABLE AL PERSONAL DEL COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS NAVALES Y OCEÁNICOS

La STS de 29 de marzo de 2007, Ar. 1568, resuelve el recurso de casación presentado contra la Sentencia de 17 de marzo de 2004 dictada por la Sala de lo Contencioso-admi-

X. Función Pública

nistrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre la solicitud de dimisión del Decano del Colegio Oficial de Ingenieros Navales por incompatibilidad en el cargo al estar desempeñando también el puesto de Director de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Navales. De acuerdo con la recurrente, los órganos de gobierno del Colegio habían vulnerado el artículo 5.t) de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 que obliga a velar por el cumplimiento de la ley por parte de los colegiados, puesto que no había incoado expediente para dilucidar la existencia o no de la citada incompatibilidad. El TS considera, confirmando la sentencia de primera instancia, que el Colegio no había mantenido una actitud pasiva sino que había dado respuesta a la solicitud de la actora en un sentido desestimatorio por entender, tras estudiar el dictamen de su Asesoría Jurídica, que tal incompatibilidad no se daba de acuerdo con los Estatutos del Colegio de Ingenieros Navales y Oceánicos, sino que, en todo caso, debía ser estudiada por las autoridades académicas. De ahí que no se considerara pertinente la iniciación de un expediente para aclarar la situación de supuesta incompatibilidad. Y el TS afirma la conformidad a Derecho de esta argumentación, pues efectivamente, de acuerdo con el artículo 2.1.g) de la Ley 53/1984, el régimen de incompatibilidades es aplicable al personal al servicio de las Entidades y Corporaciones de Derecho Público cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50% con subvenciones y otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas, lo que no es el caso en el supuesto del Colegio profesional en cuestión. Tampoco de la Ley de Colegios Profesionales se deduce la posible existencia de incompatibilidad alguna, por lo que la cuestión sólo podría ser examinada, en su caso, desde la perspectiva de la Escuela Técnica Superior, en virtud de la condición de profesor y director de la misma.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. A) No puede aplicarse de manera conjunta el artículo 105 del TRLS de 1976 y la DT Quinta del TRLS DE 1992, pues regulan criterios distintos para determinar el aprovechamiento aplicable. Conforme al primero, el aprovechamiento aplicable a los terrenos expropiados calificados de suelo urbano a los que el Plan no les asigna aprovechamiento alguno es el que resulte de calcular el aprovechamiento de las parcelas más representativas de su entorno. B) En suelo consolidado por la urbanización, con la condición de solar y sin que conste urbanización pendiente, no resulta procedente la deducción prevista en el artículo 30 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones. C) Viniendo especificado el aprovechamiento en las normas de planeamiento no resulta de aplicación la previsión del artículo 29 de la Ley 6/1998 sino directamente su artículo 28.3. No obstante, la carencia de aprovechamiento lucrativo asignado por el Plan al terreno expropiado evidencia la concurrencia de los requisitos que determinan la aplicación del artículo 29 de la Ley 6/1998.

1. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) No puede aplicarse de manera conjunta el artículo 105 del TRLS de 1976 y la DT Quinta del TRLS DE 1992, pues regulan criterios distintos para determinar el aprovechamiento aplicable. Conforme al primero, el aprovechamiento aplicable a los terrenos expropiados calificados de suelo urbano a los que el Plan no les asigna aprovechamiento alguno es el que resulte de calcular el aprovechamiento de las parcelas más representativas de su entorno

En este sentido, se pronuncia la STS de 17 de abril de 2007, Ar. 3671, en cuyo FJ 4º razona que la invocación de la aplicación conjunta de ambos preceptos resulta contradictoria por cuanto, de un lado, el artículo 105 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 “remite, en suelo urbano, al aprovechamiento permitido por el Plan o, en su caso, el aprovechamiento medio fijado en los polígonos o unidades de actuación y, sólo en defecto de Plan, se acude al aprovechamiento fijado con carácter subsidiario de 3m³/m²”. Y, de otro

lado, la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto Legislativo 1/1992, “con referencia a las edificaciones existentes, remite al aprovechamiento efectivamente materializado, sin duda con la finalidad de mantener el aprovechamiento patrimonializado conforme a la ordenación urbanística anterior, frente a una eventual disminución de aprovechamiento establecida en el nuevo planeamiento. Por lo tanto, no puede mantenerse simultáneamente la aplicación de ambos preceptos (...)”.

De otra parte, respecto a la aplicación del artículo 105 del TRLS de 1976, el TS manifiesta que es criterio uniforme “plasmado entre otras en Sentencias de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8757), 26 (RJ 2005, 294) y 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7213) y 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 4146), que el aprovechamiento aplicable a aquellos terrenos expropiados calificados como suelo urbano, a los que el Plan General de Ordenación Urbana aprobado no les asigne aprovechamiento alguno, les corresponderá el que resulte de calcular el aprovechamiento de las parcelas más representativas de su entorno, de manera que se obtenga una adecuada y justa indemnización por la expropiación en virtud del principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, precisando la (...) Sentencia de 3 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3469) que “al referirse el artículo 105.2, último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976 (RCL 1976, 1192), exclusivamente al aprovechamiento de tres metros cúbicos por metro cuadrado en defecto de Plan, no cabe aplicarlo, cuando exista planeamiento municipal aprobado, para calcular el justiprecio del suelo urbano expropiado carente de aprovechamiento en dicho planeamiento, puesto que, en este caso, ha de obtenerse dicho justiprecio con arreglo al aprovechamiento de las parcelas más representativas del entorno”.

Sobre este último aspecto, conviene subrayar que lo dispuesto en el artículo 105 del TRSL de 1976 viene siendo interpretado en el mismo sentido por una reiterada jurisprudencia. Así lo recoge el FJ 4º de la **STS de 21 de febrero de 2007**, Ar. 842, que manifiesta:

“Esta Sala en reiteradas sentencias interpretando lo dispuesto en el artículo 105 del TRLS de 1976 en relación al aprovechamiento tratándose de suelo urbano, ha establecido que si se ejecuta el planeamiento, a través de actuación expropiatoria sobre parcelas de suelo urbano no comprendidas en polígono ni unidad de actuación que haya dado lugar a reparcelación, sino mediante el caso normal de las llamadas ‘actuaciones aisladas’, el criterio ha de ser que el aprovechamiento evaluable es el que el Plan General o las Normas Subsidiarias Municipales señalen de modo concreto y específico para cada parcela, y hemos añadido que en el caso de estas actuaciones aisladas en el suelo urbano, como el de terrenos afectados a viales, jardines o parques públicos, etc., en los que el Plan o las Normas no señalan aprovechamiento lucrativo alguno a sus propietarios, dada su inedificabilidad, el aprovechamiento computable en tal caso no puede ser el de la ausencia de Plan, pues no es asimilable la situación ya que existe planeamiento aunque éste no efectúa asignación de edificabilidad a la parcela sujeta a expropiación. En tales supuestos la orientación jurisprudencial a partir de las Sentencias de 14 de julio y 10 de diciembre del mismo año es atender a la ‘edificabilidad de los terrenos colindantes’. (...) Que el aprovechamiento de 3 metros cúbicos por metro cuadrado que,

como residual y referido a cualquier uso, señala el citado artículo 105.2, lo es para el supuesto de que no exista Plan, por lo que existiendo éste, ha de estar al permitido por él o, en su caso, al aprovechamiento medio fijado a los polígonos o unidad de actuación sujetos a reparcelación, y si en aquél no se fijase aprovechamiento alguno por razón de la calificación del terreno expropiado como zona de parques y jardines o destino a vial, sin poder tampoco ser aplicable el sistema subsidiario del aprovechamiento medio fijado al polígono o unidad de actuación, como ocurre en el caso de autos por tratarse de una actuación aislada, ha de estar a la edificabilidad de los terrenos colindantes, como destaca la Sentencia de 14 de julio de 1987 (RJ 1987, 5432).”

B) En suelo consolidado por la urbanización, con la condición de solar y sin que conste urbanización pendiente, no resulta procedente la deducción prevista en el artículo 30 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones

La STS de 3 de mayo de 2007, Ar. 3673, en su FJ 4º, con ocasión del segundo motivo del recurso de casación planteado por la parte recurrente, y en el que se denunciaba, entre otros, la infracción del artículo 30 de la Ley 6/1998, manifestó lo siguiente:

“El artículo 30 de la Ley 6/1998 establece: que del valor total determinado por aplicación del aprovechamiento correspondiente de valores de repercusión, se deducirán, cuando proceda, los costes de urbanización precisa y no ejecutada, así como otros gastos de financiación, gestión, promoción e indemnizaciones procedentes o, en su defecto, los costes necesarios para que el terreno correspondiente alcance la condición de solar, lo que ha de ponerse en relación con lo establecido en el artículo 14 de la citada Ley 6/1998, según el cual, tratándose de suelo urbano consolidado, las obligaciones de los propietarios se limitan a completar a su costa la urbanización necesaria para que los terrenos alcancen la condición de solar, y a estos gastos ha de entenderse referida la previsión del artículo 30 en este tipo de suelo.”

A mayor abundamiento, añadió que, en ese caso, “(...) sin que se acredite la pendencia de obras de urbanización a la fecha de 1999 que debe referirse la valoración, (...) resultaba improcedente efectuar deducción alguna en tal concepto (...)”. Por lo que el TS concluye que la condición de solar se remite a dicha fecha y, por ello, sostiene que “en suelo consolidado por la urbanización, con la condición de solar y sin que conste urbanización pendiente, no resulta procedente la deducción prevista en el artículo 30 de la Ley 6/1998”.

C) Viniendo especificado el aprovechamiento en las normas de planeamiento no resulta de aplicación la previsión del artículo 29 de la Ley 6/1998 sino directamente su artículo 28.3. No obstante, la carencia de aprovechamiento lucrativo asignado por el Plan al terreno expropiado evidencia la concurrencia de los requisitos que determinan la aplicación del artículo 29 de la Ley 6/1998

A esta conclusión llega la STS de 11 de junio de 2007, en la que tras reconocer que “sí existe un aprovechamiento previsto en el Plan para la clase de suelo y uso a que viene destinada la manzana en cuestión (urbano consolidado, sistema local educativo-cultural)” (FJ 1º), finaliza dando la razón a la parte recurrente estimando que “no hay pues un apro-

vechamiento lucrativo asignado por el Plan al terreno expropiado (como exige el artículo 28.3 de la Ley 6/1998), hallándonos en presencia de una actuación aislada en suelo urbano, lo que evidencia la concurrencia de los requisitos que determinan la aplicación del artículo 29 de la Ley 6/1998 al tratarse de un suelo urbano no incluido en un determinado ámbito de gestión al que no se atribuye en el planeamiento aprovechamiento lucrativo alguno” (FJ 3º *in fine*).

Los argumentos que permiten al Tribunal Supremo alcanzar esta conclusión tienen su origen en la apreciación efectuada por la parte recurrente que entiende que “el coeficiente de edificabilidad neta de 1 m²/m² previsto en las NNUU del PGOU de Valencia, que es tenido en cuenta por la Sala de instancia, es el aprovechamiento que puede materializar la Administración pública con destino única y exclusivamente a los usos propios de la dotación pública de que se trata”, considerando que ello es “intrascendente desde el punto de vista del propietario originario que se ve sometido al procedimiento de expropiación forzosa, sin que se le reconozca aprovechamiento edificatorio alguno y, desde luego, no el destinado a la dotación escolar pública de que en este supuesto se trata”. Por ello, concluye la parte recurrente, no puede estimarse que su suelo tenga fijado en el Plan aprovechamiento lucrativo (y por tanto procedería estar a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 6/1998).

En este sentido, el TS tras recordar su doctrina en torno a los conceptos de aprovechamiento lucrativo y del principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento (Sentencias de 7 de octubre de 2000 –Ar. 9099– y de 4 de diciembre de 1995 –Ar. 9021–) concluye que “el aprovechamiento fijado en el PGOU de Valencia sería intrascendente desde el punto de vista del propietario del terreno, y por tanto no podría ser reputado como aprovechamiento lucrativo” (FJ 3º).

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) Titularidad del patrimonio local. No afecta a la misma las modificaciones de los linderos de los términos municipales. B) Adquisición de los bienes locales. La prescripción adquisitiva a favor de los Ayuntamientos. C) Desafectación de los bienes de dominio público. Motivación de la misma. **3. Aguas continentales.** A) Aguas privadas: inscripción del aprovechamiento de un manantial en el Registro de Aguas improcedente por ausencia de requisitos exigidos. B) Autorización: denegación válida de actividad clasificatoria de extracción de áridos en zona de policía fluvial. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde del demanio costero: su objeto es delimitar los bienes que lo integran por naturaleza. **5. Carreteras. 6. Minas: caducidad de concesión de explotación minera. 7. Patrimonio cultural. 8. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales: tasas por distribución de agua. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. B) Aguas marítimas: puer-
tos. a) Cuestiones de legalidad. b) Atribución de las competencias de gestión tributaria en el ámbito de las autoridades portuarias. c) Recurso extraordinario de revisión y legitimación de las autoridades portuarias. C) Aeropuertos. Aplicación de una exención basada en la insignificancia de la ocupación del dominio público aeroportuario. D) Minas. Canon de superficie de minas: actualización de sus cuantías por la Ley de Presupuestos. E) Otro dominio público estatal. Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal. F) Dominio público local. a) Tasas por la utilización del dominio público local: beneficios fiscales a los residentes. b) Tasas por la utilización del dominio público local: cuantificación de tasas por entrada de vehículos por la vía pública.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo publicada en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* desde la Sentencia 5852 de 2006 hasta la actualidad y la Constitucional desde la 365/2006, de 21 de diciembre, hasta la última entrega de abril de 2007.

2. BIENES LOCALES

A) Titularidad del patrimonio local. No afecta a la misma las modificaciones de los linderos de los términos municipales

Los bienes de titularidad de un Ayuntamiento ubicados en su término municipal no resultan afectados en su titularidad por el hecho de que se modifiquen los límites jurisdiccionales. Consideraciones que se contienen en la **STS de 19 de septiembre de 2006**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7423.

En particular, en la citada Sentencia se dice que el territorio es un elemento estructural del Municipio, y constituye el marco geográfico en el que el Ayuntamiento ejercita sus potestades. Este elemento es completamente ajeno a las titularidades dominicales que se ostentan dentro de dicho territorio, que pueden ser tanto demaniales –del propio Ayuntamiento, o de cualquier otra Administración territorialmente superior– como patrimoniales, e incluso de propiedad de los particulares, y nada impide que entre estos últimos se encuentre otro Ayuntamiento (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1989). Por eso, el procedimiento de deslinde es eminentemente administrativo y en nada incide sobre el derecho de propiedad de determinadas fincas, respecto de las cuales corresponderá en su caso a la jurisdicción civil pronunciarse sobre quiénes sean los propietarios privados de los terrenos afectados.

Y sigue diciendo la Sentencia comentada que la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1996, Ar. 6349, en un caso de deslinde similar al presente ya señaló que nos encontramos ante una cuestión litigiosa de un deslinde de dos términos municipales en los que se discuten los límites territoriales de ambos, pero ello no afecta para nada a la propiedad de las fincas incluidas dentro de los límites y, por tanto, la inclusión de dichas fincas en uno u otro término no vulnera en absoluto ni el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ni el artículo 1218 del Código Civil.

B) Adquisición de los bienes locales. La prescripción adquisitiva a favor de los Ayuntamientos

Los Ayuntamientos pueden adquirir bienes por usucapión, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el Código Civil para que se entienda producida la misma. Así, en el artículo 1941 de dicha norma se requiere que la posesión sea en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. En la **STS de 12 de diciembre de 2006**, Sala

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Tercera, Sección Sexta, Ar. 970 de 2007, se analiza el alcance de algunos de estos requisitos. Pronunciamiento que se realiza como cuestión prejudicial imprescindible para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Así, el objeto del proceso versaba sobre la petición de incoación de expediente expropiatorio sobre finca perteneciente a unos particulares y que había sido ocupada indebidamente hacía años por el Ayuntamiento; petición que fue rechazada por este último por considerar que había adquirido el bien por usucapión. El TS también se ha pronunciado a favor de entender que se ha producido la adquisición mediante usucapión por parte del Ayuntamiento y, por tanto, resulta innecesario incoar expediente expropiatorio alguno.

En concreto, en la STS comentada, citando la STS de 28 de octubre de 1985, Ar. 5656, se afirma que la prescripción extraordinaria, alegada como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia, se produce, ciertamente, por el transcurso de treinta años en posesión de un bien inmueble sin necesidad de justo título y de buen fe (artículo 1959 del Código Civil); a su vez dicha posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, pues son éstos los requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades.

Por lo que respecta al carácter pacífico de la posesión, el TS señala que la ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria (artículo 33 CE) y coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho. Cuando estas circunstancias ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No obstante, no cabe descartar que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *verus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

Sin embargo, es cierto que tratándose de la posesión adquirida de tal manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo. Sin embargo, en el caso objeto del proceso la desposesión se produjo en el año 1941 y tuvo carácter no pacífico, pero la cuestión radica en que desde aquella fecha los propietarios no reaccionaron contra la actuación municipal.

Junto a la posesión pacífica a la que se acaba de hacer referencia, también se exige la concurrencia de una posesión en concepto de dueño. En relación con la misma la mencionada STS, citando jurisprudencia anterior, afirma que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio; posesión en concepto de dueño que no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tenencia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción. Posesión que, por otra parte, ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber las cosas como suyas. Circunstancias todas ellas que concurren en el caso debatido, puesto que los terrenos poseídos por el Ayuntamiento estaban destinados a viales y utilizados por los vecinos desde hacía décadas con importante equipamiento municipal, tales como bancos, farolas, fuentes, etc.

Y, finalmente, se exige que la posesión sea ininterrumpida. Requisito este último que concurre en el caso objeto del proceso, dado que desde el año 1941 ha sido poseído por el Ayuntamiento.

C) Desafectación de los bienes de dominio público. Motivación de la misma

La desafectación de los bienes de dominio público requiere la tramitación del correspondiente expediente en el que se acredite la legalidad y oportunidad del cambio de afectación. En este sentido se pronuncia el artículo 20 del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de Patrimonio de las Entidades Locales.

En relación con la acreditación de la oportunidad del cambio en la **STS de 27 de junio de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5971, se pronuncia sobre la concurrencia de un interés público justificativo de la desafectación de un camino público y su sustitución por otro con diferente trazado. En la valoración de la existencia de ese interés no se tiene en cuenta exclusivamente la justificación histórica del camino, sino también las nuevas realidades actuales que pueden conllevar el cambio de trazado de la citada vía de comunicación.

En concreto, en la citada STS se dice que acreditado el interés público del nuevo trazado del camino y el nulo perjuicio efectivo y material acreditado para la parte actora, más allá de la conservación del trazado de un camino que podía responder a razones históricas (de forma de aprovechamiento de las fincas boscosas en tiempos pasados y aún de unidad en la titularidad de las mismas), dada la realidad social de nuestro tiempo y espacio resulta congruente entender, a la luz del principio de proporcionalidad, que el interés particular, nulo en lo material y efectivo, debe ceder ante el interés público acreditado por la mejora del camino, importante para un mejor acceso a las zonas boscosas a fin de facilitar la prevención y extinción de incendios, relevante dada la existencia de zonas contiguas urbanizadas, y por tanto habitadas, por lo que, en atención a lo expuesto, y a los valores,

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

principios y derechos contemplados por nuestra jurisprudencia, entre otras SSTs de 1 de julio de 1985, Ar. 3598, 21 de julio, Ar. 6066, 24 de octubre, Ar. 7490, y 27 de diciembre de 1989, 13 de octubre de 2001, Ar. 10084, y 19 de julio de 2002, Ar. 8547, resulta ponderado y razonable entender que el acto impugnado de cambio de trazado de camino resulta conforme al ordenamiento jurídico.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas privadas: inscripción del aprovechamiento de un manantial en el Registro de Aguas improcedente por ausencia de requisitos exigidos

La STS de 12 de abril de 2007 (Ar. sin numerar) confirma la STSJ de Navarra impugnada, al entender que una Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro del año 2000 que ordenaba la inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento temporal de aguas privadas en favor de un particular no es conforme a derecho. Si se tiene en cuenta lo que disponía la Disposición Transitoria Segunda de la LA de 1985, aplicable en el momento en el que se emite la Resolución, los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales (conforme a la legislación anterior) que vinieran utilizándose en todo o en parte, podían acreditar su uso y el régimen de utilización del recurso para su inscripción en el Registro por 50 años. Precisamente, en el caso que se discute en esta ocasión, falta uno de los requisitos exigidos por la normativa como es la acreditación del uso pacífico de las aguas privadas, pues existe una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 1982 que ordenó la retirada de unas canalizaciones instaladas en la finca controvertida que permitían el aprovechamiento de las aguas del manantial para riego, pero que perjudicaban su utilización por el titular de una finca colindante.

B) Autorización: denegación válida de actividad clasificatoria de extracción de áridos en zona de policía fluvial

Según resulta del artículo 9.3 del RDPH, la ejecución de cualquier obra o trabajo en la zona de policía de cauces precisa de autorización previa del Organismo de cuenca. En la STS de 27 de febrero de 2007, Ar. 1658, se apela a este precepto para llegar a la conclusión de que es procedente la decisión de la Confederación Hidrográfica del Tajo denegatoria de la autorización solicitada por una empresa para llevar a cabo en zona de policía fluvial la actividad de lavado y clasificación de áridos, debido a que había concurrido un informe negativo municipal en el expediente que advertía acerca de que los terrenos donde se preveía su ubicación, se clasificaban —en virtud del planeamiento urbanístico— como suelo no urbanizable especialmente protegido. Así, no puede prosperar el argumento de la empresa recurrente consistente en que la Confederación Hidrográfica no posee competencias urbanísticas que le permitan denegar la solicitud, pues a pesar de que sus funciones se restringen a la gestión del dominio público hidráulico, en este supuesto ha seguido un informe recaído en el expediente proveniente de un Ayuntamiento, que efectivamente sí que posee competencias en ese sentido.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del demanio costero: su objeto es delimitar los bienes que lo integran por naturaleza

Sin excepción hasta el momento, hay que dar cuenta trimestral en estas crónicas de nuevas sentencias que insisten en el auténtico objeto de la potestad de deslinde: integrar en el dominio público marítimo-terrestre los bienes que por naturaleza y, en consecuencia, por determinación normativa, deben formar parte del mismo.

En esta ocasión la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 1641, recuerda que, conforme a lo dispuesto en los artículos 3.1.b) de la Ley de Costas y 4.d) de su Reglamento, las cadenas de dunas litorales en desarrollo, desplazamiento o evolución como consecuencia de la acción del mar o del viento marino, con independencia de que tengan o no vegetación, forman parte de la playa hasta el límite que resulte preciso para garantizar su estabilidad y la defensa de la costa, integrándose en estas condiciones en el demanio costero.

En análogo sentido, la **STS de 28 de febrero de 2007**, Ar. 1657, se pronuncia acerca de la naturaleza demanial de un terreno que, aunque compactado y cementado en la actualidad, penetra y se integra naturalmente en la arena, tratándose en puridad de un escarpe. Como tal, se incluye en la noción amplia de playa acuñada por la vigente Ley de Costas de 1988, formando parte del dominio público marítimo-terrestre.

5. CARRETERAS

Sobre esta materia debe mencionarse la **STS de 30 de mayo de 2007**, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2004, que a su vez desestimó el recurso presentado por una asociación de empresarios hosteleros castellano-leonesa contra la aprobación de un expediente de información pública y de estudio informativo de un área de servicio en una autovía, entre las provincias de Zamora y Orense, por considerar que no hubo declaración previa de utilidad pública de las áreas de descanso y recreo.

En relación con ello, el TS considera que no se vulnera aquí el artículo 60.1 del Reglamento de Carreteras, pues la Administración ha valorado de un modo correcto el interés y utilidad públicos existentes en el presente caso, de acuerdo con los datos concretos que obran en el estudio informativo formulado.

6. MINAS: CADUCIDAD DE CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN MINERA

En la **STS de 7 de abril de 2007** (recurso de casación 5066/2004), se confirma la Sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de febrero de 2004, que estimó correcta la declaración de caducidad de la concesión de explotación minera de recursos de la Sección “C” de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la Ley de Minas de 1973, por paralización de los trabajos y su no reanudación en el plazo de 6 meses, tal y como establece para estos casos la legislación minera.

En concreto, el artículo 86.4 de la Ley de Minas y el artículo 109.g) del Reglamento de la Minería (RD 2857/1978, de 25 de agosto) establecen que si el titular de una concesión de explotación no realiza trabajos en el plazo de 6 meses, se produce la caducidad de la concesión.

Y, en este caso, a la vista de los hechos que concurren, tal y como han sido valorados por el Tribunal de Instancia (con toda la prueba practicada en primera instancia), se concluye que sí que concurre el mencionado supuesto de hecho, por lo que la caducidad de la concesión es aquí procedente.

7. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado, la SAN de 19 de abril de 2007, Ar. 132031, enjuicia un supuesto relativo a la aplicación del 1% cultural a unas obras de conservación del patrimonio cultural promovidas por un Ayuntamiento leonés, quien formuló una solicitud de concesión de ayuda con cargo a la obra de alta velocidad corredor Palencia-León.

Todo ello, al amparo del artículo 68 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Cultural, y artículos 58 y siguientes de su Reglamento (RD 111/1986, de 10 de enero).

Sin embargo, la SAN considera que la única obligación existente para la Administración del Estado competente en materia de obras públicas es incluir una partida del 1% dedicada a conservación del patrimonio cultural, pero no obliga a dedicarla a un proyecto en concreto, sino que otorga al Ministerio de Cultura (que es la Administración encargada de administrar estos fondos) un margen de apreciación a la hora de ordenar el destino de estas cantidades.

En el presente caso, se estima que los informes emitidos por el Ministerio de Fomento acreditan que la actuación de éste ha sido correcta y conforme a Derecho, y que en el momento de la solicitud por el Ayuntamiento no había sido posible todavía la disposición de estos fondos económicos.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: tasas por distribución de agua. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

La STS de 9 de febrero de 2007, sala de lo Civil (RJ 1381), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una mercantil en relación con tasas por prestación del servicio de abastecimiento de agua, por corresponder la revisión al orden contencioso-administrativo aunque el servicio público fuere prestado mediante empresa de economía mixta. Dice el Tribunal Supremo que “no existe ningún inconveniente en nuestro ordenamiento jurídico

para que las empresas concesionarias, o las empresa mixtas, liquiden las tasas correspondientes a los servicios que prestan”. Utiliza en su apoyo una argumentación basada en las características de un tributo algo ajeno a este entorno, como es el IVA, pero con una claridad que no siempre encontramos en algunos tribunales del orden contencioso-administrativo: de hecho, que la tasa de alcantarillado esté o no sujeta al IVA cuando existen estas empresas “depende de que efectúen las liquidaciones en su propio nombre, por estar acordado con el Ayuntamiento que la tasa constituya su retribución”.

B) Aguas marítimas: puertos

a) Cuestiones de legalidad

Continúa el aluvión de sentencias sobre la controvertida regulación de las exacciones portuarias, todas ellas sobre la adecuación de la normativa –estatal o regional– al principio de reserva de ley tributaria.

Algunas dan la razón a los contribuyentes, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. La jurisprudencia considera improcedentes las liquidaciones correspondientes a las exacciones devengadas antes de 1 de enero de 2001 [(dos SSTS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 6681 y 6682) y una de 19 de octubre de 2006 (RJ 6656), otras dos SSAN de 19 de enero y 2 de febrero de 2007 (JT 295 y 301) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de junio de 2006 (JT 1651)].

El TSJ de Cataluña desestima el recurso contra las resoluciones procedentes de la vía económico-administrativa que desestimaban a su vez reclamaciones contra las tarifas por servicios portuarios cubiertas por la Ley 14/2000, de 20 de diciembre (STS de 12 de junio de 2006, JT 1670).

Otras sentencias ofrecen peculiaridades en este sentido. Así, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2004 (JT 2006, 1647), consideraba que al menos las prestaciones que afectaban a las empresas de estiba y desestiba estaban bien cubiertas por norma de rango legal desde el ejercicio 1998. Y ya van apareciendo sentencias relativas a liquidaciones ajustadas a las previsiones de la Ley 48/2003, de 16 de noviembre, de régimen económico de prestación de servicios de los puertos de interés general, que, al entender del tribunal, sus esquemas de cuantificación no presentan problema alguno en lo que concierne al principio de reserva de ley (dos SSTSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2006, JT 2007, 276 y 285).

b) Atribución de las competencias de gestión tributaria en el ámbito de las autoridades portuarias

Las antes citadas SSTSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2006 resuelven también acerca de la distribución interna de competencias sobre la aplicación de los tributos por-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tuarios en el ámbito de las autoridades portuarias. Por una parte, reafirman la corrección de las liquidaciones efectuadas por el Director, sin que pueda entenderse que la competencia corresponda al Consejo de Administración. Por otra parte, aunque discuta que puedan practicarse liquidaciones por el Departamento de Facturación, considera que no deben ser anuladas al haber sido convalidadas por su superior jerárquico (el Director).

Competencia del orden contencioso-administrativo:

El Tribunal Supremo sigue conociendo de recursos contra sentencias del TSJ de Andalucía (Sevilla) Sala que venía desestimando los recursos contra las resoluciones procedentes de la vía económico-administrativa que inadmitían las reclamaciones contra las tarifas por servicios portuarios por entender que eran cuestiones propias de la jurisdicción civil. Como ya se ha comentado en alguna otra ocasión, la tesis del Tribunal Supremo aboga por la competencia del orden contencioso-administrativo (cfr. **Sentencia de 19 de octubre de 2006**, citada).

c) Recurso extraordinario de revisión y legitimación de las autoridades portuarias

Las **SSTS de 28 de septiembre de 2006**, citadas, niegan a las autoridades portuarias legitimación para la presentación de los recursos extraordinarios de revisión previstos en la normativa general tributaria en el marco de la reclamación económico-administrativa, rechazando que ello pudiera vulnerar la tutela judicial efectiva, ya que dispusieron de acciones para presentar en tiempo y forma recursos ordinarios, para lo que sí disponían de legitimación.

C) Aeropuertos. Aplicación de una exención basada en la insignificancia de la ocupación del dominio público aeroportuario

El **RTEAC de 13 de septiembre de 2006** (JT 2007, 138), varias reclamaciones interpuestas contra liquidaciones practicadas por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en concepto de tarifa E-2 de la tasa por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de las mercancías. La tarifa excluye de tributación las tareas de carga o/y descarga con una duración de tiempo inferior a treinta y cinco minutos. En el caso que se comenta se discuten los momentos de inicio y terminación a efectos del cómputo de dicho plazo. Al entender del Tribunal Central, se incluye todo el tiempo comprendido entre el momento en que la aeronave se detiene hasta que la misma se pone en movimiento, con independencia del tiempo en que se realizan efectivamente las tareas de carga o descarga.

D) Minas. Canon de superficie de minas: actualización de sus cuantías por la Ley de Presupuestos

Ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. El problema se arrastra desde que la Administración cambió su criterio tradicional (mantener idéntica la cuantía en los sucesivos ejercicios) a partir de los años 1995 y 1996, gi-

rando liquidaciones que pretendieron actualizar dicho canon, aplicando los coeficientes de actualización en un principio genéricos que se contenían para las tasas en Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Como se ha expuesto en comentarios anteriores, las salas de los Tribunales no presentan unanimidad en sus pronunciamientos.

En este número presentamos una **STS de 23 de enero de 2007** (RJ 533), que estima un recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado y reitera tesis anteriores, declarando como doctrina legal que “a partir de la entrada en vigor de la Ley 25/1998, de 13 de julio, Disposición Final Segunda las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podían modificar la cuantía del canon de superficie de minas”, criterio opuesto al mantenido por el Tribunal de Instancia (TSJ de Galicia). Existe un voto particular del magistrado Sr. Garzón Herrero que discute la falta de rigor en la admisión de este tipo de recursos.

E) Otro dominio público estatal. Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal

El RTEAC, de 27 de septiembre de 2006 (JT 2007, 145), desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta contra Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Fomento estimatoria en parte de recursos de reposición interpuestos contra liquidaciones del Canon por ocupación o uso especial de dominio público viario estatal. Declara el TEAC la sujeción del titular de la autorización para la ocupación de dominio público viario estatal, con independencia de que varios sujetos ostenten el derecho de ocupación sobre un mismo dominio público. El reclamante había alegado también error en la determinación de la ocupación real del dominio público, lo que originaba una distribución no equitativa de la carga tributaria al no repartirse el importe de cada uno de los cánones entre todos los autorizados para la ocupación. Dice el TEAC que la Ley de Carreteras no contiene especialidades por el uso compartido, como sí contienen otras disposiciones, por lo que tampoco es posible aceptar esta tesis.

F) Dominio público local

a) Tasas por la utilización del dominio público local: beneficios fiscales a los residentes

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña en **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2006** (JT 2007, 315), estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Vic relativo a las tasas por la ocupación y aprovechamiento especial de la vía pública y terrenos de uso público. El Tribunal rechaza la bonificación establecida en Ordenanza a favor de los sujetos procedentes de determinada zona geográfica, por vulneración del principio de reserva de ley para el establecimiento de beneficios fiscales, anulando el precepto que lo contenía.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

b) Tasas por la utilización del dominio público local: cuantificación de tasas por entrada de vehículos por la vía pública

El importe de las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fija con carácter general tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía en **STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de marzo de 2006 (JT 1643)**, estima la cuestión de ilegalidad instada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Málaga, en relación con la Ordenanza del Ayuntamiento de Vélez-Málaga, reguladora de la Tasa por entrada de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase. Y, por lo tanto, declara la nulidad de la Ordenanza.

Rechaza el Tribunal la cuantificación de la tasa sin tener en cuenta el número de plazas de cada aparcamiento, por la divergencia que supone entre la cuantificación de la tasa y el valor de la utilidad derivada de la utilización del dominio público. Y es que el número de plazas es lo que define directamente la intensidad de la utilidad proporcionada, por lo que dicho criterio debe regir como elemento directamente determinante del reparto de la carga tributaria.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUAIN MENDIA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

Comunidades Europeas. A) Residuos. a) Concepto: Las aguas residuales urbanas procedentes de una fuga en una red de alcantarillado son residuos regulados por la Directiva 75/442 (residuos). b) Traslado de residuos: Interpretación estricta acerca de si un residuo pertenece a la “lista verde” del Reglamento 259/93 exenta de la obligación de notificación a la autoridad de expedición. c) Incumplimiento de España de la Directiva 75/442/CEE al mantener vertederos ilegales e incontrolados. d) Incumplimiento de Italia de la obligación de someter a evaluación de impacto ambiental instalaciones de valorización de residuos y de someter las solicitudes de autorización y las decisiones sobre éstas a la consulta del público (Directivas 85/337/CEE y 2000/76/CE). B) Directiva 92/43/CEE (hábitats): Caza del lobo en Finlandia realizada contra las prescripciones de dicha Directiva en cuanto se hace preventivamente sin acreditación de que la caza autorizada pueda evitar daños graves. C) Directiva 79/409/CEE (aves): Condena a España por no haber clasificado como ZEPA territorios suficientes en número y superficie. Los criterios ornitológicos como únicos a tener en cuenta para la zonificación. Valor del Inventario ornitológico de SEO BIRD LIFE de 1998.

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por las autorizaciones concedidas para la explotación de una mina mediante cianuro. Participación del público en el proceso decisorio en materia medioambiental. Obligación del Estado de ajustarse a las decisiones de los tribunales. B) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Principio de igualdad de las partes en el proceso. Función en una sociedad democrática del acceso de los organismos no gubernamentales a los tribunales internos para la defensa del medio ambiente. **4. Evaluación de impacto ambiental. Una ley autonómica puede establecer un procedimiento de resolución de discrepancias entre el órgano ambiental y el sustantivo diferente al regulado en la normativa básica para supuestos no contemplados en el Anexo II del RD Legislativo 1302/1988, de 30 de septiembre.**

5. Aguas continentales. A) Vertidos: anulación de un inciso del artículo 245.2 del RDPH

por contravenir los principios de reserva de Ley y de jerarquía normativa; discusión sobre ente competente para otorgar la autorización de vertidos indirectos a aguas superficiales. **6. Minas: evaluación de impacto ambiental. 7. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas. Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente de Extremadura. B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua. Cánones de saneamiento en el Tribunal Supremo: compatibilidad con el canon de vertidos de la Ley de Costas. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Concepto de productos hidrocarburos: expresión “en cualquier tipo de motor”. b) Acreditación de determinadas exenciones. c) Comprobación administrativa. D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre la Electricidad. Concepto de fábrica y aplicación del régimen suspensivo. E) Impuestos sobre el transporte.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de mayo a julio de 2007 e id. en relación a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la jurisprudencia del TS publicada en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* desde la Sentencia núm. 1 a la 1657 de 2007 y la Constitucional desde la 91/2007, de 7 de mayo, hasta la 154/2007, de 18 de junio.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Residuos

a) **Concepto:** Las aguas residuales urbanas procedentes de una fuga en una red de alcantarillado son residuos regulados por la Directiva 75/442 (residuos)

La STJCE de 10 de mayo de 2007 (Sala Segunda), recae en el asunto C-252/05, y tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por la High Court Of Justice (England and Wales) en un procedimiento entre Thames Water Utilities Ltd y la South East London division, Bromley Magistrates' Court (District Judge Carr) en el que también participa la Environment Agency.

El asunto de fondo radica en una fuga de aguas residuales en una red gestionada por Thames Water Utilities que es una empresa pública de tratamiento de aguas residuales. Como consecuencia de ello la Environment Agency le ha presentado una querrela acusán-

dola de haber vertido aguas residuales no tratadas que constituían “residuos controlados” (concepto del derecho inglés que comprende a las aguas residuales urbanas). El órgano jurisdiccional (*South East London Division*) se ha declarado incompetente para decidir si esas aguas constituían residuos controlados en el sentido de la legislación inglesa contra lo que ha presentado recurso la empresa pública. Es entonces cuando el órgano judicial, *High Court of Justice*, ha suspendido el procedimiento y presentado ante el Tribunal comunitario la cuestión prejudicial con la que se pregunta si esas aguas procedentes de una fuga constituyen residuos conforme a la Directiva 75/442 (Directiva residuos) cuál sería su régimen jurídico y, en concreto, si éste sería el de la Directiva 91/271 (Directiva aguas residuales).

Pues bien, lo que hace el Tribunal de Justicia comunitario es preguntarse por la adecuación del vertido de aguas residuales al concepto de residuo de la Directiva 75/442 encontrando que, efectivamente, éste se cumple y que “un escape en la red de alcantarillado que provoca un vertido de aguas residuales constituye un hecho en virtud del cual la empresa de tratamiento de aguas residuales, poseedora de esas aguas, “se desprende” de ellas. El carácter accidental del vertido no basta para llegar a conclusión distinta” (punto 28 de la Sentencia).

Afirmado esto (lo que supone postular la aplicación de la normativa comunitaria de residuos en la que la necesidad de una autorización administrativa para que pueda producirse un vertido es elemental y, por tanto, es ilegal todo vertido en el que tal autorización no exista) lo que hace a continuación el Tribunal comunitario, respondiendo a otras preguntas del Tribunal inglés, es discurrir acerca de si podría existir otra normativa reguladora de estos residuos distinta de la Directiva 75/442 y a la que se llegara por remisión del artículo 2 de esta Directiva que excluye algunos residuos de su regulación mediante la expresión “otra legislación”.

Eso podría suceder, por ejemplo, con la Directiva 91/271 que regula las aguas residuales urbanas. El Tribunal desecha esa posibilidad afirmando que esa “otra legislación” “no debe limitarse a regular una sustancia concreta, sino que debe contener disposiciones precisas que rijan su gestión como residuo” (punto 33 de la Sentencia) “y garantizar un nivel de protección al menos equivalente al que exige la Directiva 75/442”. Esas condiciones no las cumple la Directiva 91/271 porque “si bien regula la recogida, el tratamiento y el vertido de las aguas residuales, en cuanto a las fugas de aguas residuales se limita a establecer la obligación de prevenir el riesgo de fugas al diseñar, construir y mantener los sistemas colectores. La Directiva 91/271 no fija ningún objetivo en materia de eliminación de residuos o de saneamiento de suelos contaminados. En consecuencia, no cabe considerar que la Directiva 91/271 regule la gestión de las aguas residuales procedentes de fugas en las redes de alcantarillado y que garantice un nivel de protección por lo menos equivalente al que exige la Directiva 75/442” (punto 35 de la Sentencia). Tampoco esta Directiva 91/271 puede ser considerada *lex specialis* (y por tanto de preferente aplicación) en relación a la Directiva 75/442 (punto 41 de la Sentencia).

Por lo que se refiere a la cuestión de si una “legislación nacional” (la legislación nacional también cumple los requisitos del artículo 2 de la Directiva 75/442 según la Sentencia de

7 de septiembre de 2004, Van der Walle y otros), el Tribunal ignora si la legislación inglesa contiene disposiciones precisas que regulen la gestión de los residuos controvertidos y si son capaces de garantizar un nivel de protección del medio ambiente equivalente al garantizado por la Directiva 75/442, por lo que no puede hacer esa afirmación y la conclusión final es, por tanto, la de la regulación de esas aguas por la Directiva 75/442 con todas las consecuencias que ello acarrearía.

b) Traslado de residuos: Interpretación estricta acerca de si un residuo pertenece a la “lista verde” del Reglamento 259/93 exenta de la obligación de notificación a la autoridad de expedición

La STJCE de 21 de junio de 2007 (Sala Primera), recae en el asunto C-259/05, y tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el *Rechtbank te Rotterdam* (Países Bajos) en un procedimiento penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional contra la empresa *Omni Metal Service*.

La Sentencia se va a mover en torno a la interpretación del 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. El proceso penal al que se ha hecho referencia en el anterior párrafo se inició con la acusación a esta empresa de haber exportado el 15 de marzo de 2004, de España a China pasando por Róterdam, 17 contenedores con desechos de cables eléctricos (compuestos por un núcleo de cobre recubierto por una cubierta de PVC y que presentaban diferentes diámetros de hasta 15 cm) destinados a ser tratados con vistas a su reutilización, sin que dicho traslado fuese notificado a las autoridades competentes de expedición, las holandesas.

El Ministerio Fiscal, que fue el que inició las actuaciones referidas, indica que estos residuos no están constituidos por hilos o cables de uso doméstico, sino por cables subterráneos de gran diámetro para el transporte de electricidad; no se trata, pues, de desechos de equipos electrónicos en el sentido del código GC 020 de la lista verde de residuos del Reglamento que quedan eximidos de la obligación de notificación a la autoridad de expedición (lista verde que es el contenido del Anexo II del Reglamento 259/93). Por otra parte, el hecho de que los cables consten de cobre y estén recubiertos de PVC tampoco está previsto en la lista verde al margen de que los dos componentes, por separado, sí estén presentes en ella.

La empresa *Omni Metal Service* opina, sin embargo, que el diámetro del cable es irrelevante y que lo que cuenta es que sus componentes forman parte de la lista verde. Es en esas circunstancias en las que se le pregunta al Tribunal si estos cables pueden ser calificados como “desechos de equipos electrónicos” tal y como los menciona expresamente el código GC 020 de la lista verde y si, en segundo lugar, una combinación de sustancias incluidas en esa lista, aún no recogida como tal en ella, puede calificarse como sustancia verde y estar exenta del requisito de notificación.

XIII. Medio Ambiente

En relación a la primera cuestión la respuesta es taxativa y son sólo los desechos de equipos electrónicos y no cualquier tipo de cable los que deben entenderse exentos de la obligación de notificación que para el Tribunal es una consecuencia de una lectura literal del código GC 020.

En relación a la segunda cuestión se plantea algo interesante, pues la opinión de la Comisión europea —compareciente en el proceso— es que no puede resolverse de forma general lo debatido, sino caso por caso. Reproduciendo su postura según el punto 27 de la Sentencia: “a su juicio, sería admisible, en particular, una sustracción a la obligación de notificación en caso de que el país de destino aceptara los residuos de que se trate con vistas a su valorización, siempre que todas las sustancias en cuestión estén incluidas en la lista verde de residuos y que no se oponga a ello el grado de contaminación de los diferentes residuos”.

Sin embargo el Tribunal comunitario, a partir de la finalidad de alta protección ambiental que tiene el Reglamento 259/93, deduce que no es posible considerar incluidos en la lista verde más que a los productos que, estrictamente, figuren en ella (punto 32 de la sentencia). Rechaza también el argumento caso por caso de la Comisión en cuanto que generaría inseguridad jurídica tanto de los operadores económicos como de las autoridades competentes de los Estados miembros (punto 38) indicando además que “tal planteamiento sería también contrario al objetivo perseguido por el legislador comunitario, el cual, al elegir la forma de reglamento para legislar en materia de traslado de residuos, pretendió específicamente garantizar una aplicación simultánea y armoniosa de esta normativa en todos los Estados miembros, ya que tal armonización no sólo se refiere a los requisitos de fondo exigidos para llevar a cabo dichos traslados, sino también al procedimiento aplicable a éstos” (punto 39 de la sentencia).

c) Incumplimiento de España de la Directiva 75/442/CEE al mantener vertederos ilegales e incontrolados

La STJCE de 24 de mayo de 2007 (Sala Séptima), recae en el asunto C-361/05, y tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España. La Comisión solicita del Tribunal que declare que España ha incumplido diversas obligaciones establecidas por la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, y de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos, al no haber adoptado las medidas necesarias para asegurar la aplicación de los artículos 4, 9 y 13 de la primera directiva citada y del artículo 14 de la segunda, respecto de los vertederos de Níjar, Hoyo de Miguel y Cueva de Mojón (provincia de Almería).

Las imputaciones de la Comisión en relación a los vertederos citados son de distinta índole y, en general, hacen referencia a la falta de autorización, plan de acondicionamiento, vertido de residuos sin tratamiento, falta de información sobre el contenido de los residuos vertidos, etc., que se denota en el caso. El Reino de España aduce en su defensa el cierre previsto de los tres vertederos y que no causan perturbación al medio ambiente en cuanto que no se vierten en ellos residuos tóxicos o peligrosos. El Tribunal de Justicia

deja de lado este último argumento de defensa indicando que no es el objeto de la controversia el vertido de residuos tóxicos o peligrosos sino de residuos, sin más. En el curso del procedimiento judicial tras el que aparece el fallo de la Sentencia, queda acreditado el cierre de los vertederos mientras se desarrollan dichos procedimientos bien que la Sentencia condene al Reino de España dado que ese cierre se ha producido después de la finalización del plazo fijado en el dictamen motivado de la Comisión.

En todo caso y pese a la condena, la sensación de la lectura en este supuesto —como en sentencias semejantes que sobre vertederos incontrolados han condenado a España— es la del cumplimiento —tardío, eso sí—, de la normativa comunitaria en relación a estas cuestiones.

d) Incumplimiento de Italia de la obligación de someter a evaluación de impacto ambiental instalaciones de valorización de residuos y de someter las solicitudes de autorización y las decisiones sobre éstas a la consulta del público (Directivas 85/337/CEE y 2000/76/CE)

La **STJCE de 5 de julio de 2007 (Sala Segunda)**, recae en el asunto **C-255/05**, y tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Italia. La Comisión solicita del Tribunal que declare que Italia ha incumplido obligaciones establecidas por la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente así como de la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos.

La primera de las cuestiones planteadas —que la tercera línea de una incineradora debía someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental— tiene en su resolución causa directa de la **STJCE de 23 de noviembre de 2006** que fue comentada en el número 35 de esta Revista. En ella y como podrá comprobarse, el Tribunal declaró la falta de adecuación al derecho comunitario de una normativa italiana que permitía eximir del procedimiento de evaluación de impacto ambiental a instalaciones en las que se valorizaran residuos y que fueran objeto de un procedimiento de autorización simplificado al que se refiere el artículo 11 de la Directiva 75/442 de residuos. Para la norma italiana, sólo debían someterse a evaluación de impacto ambiental las instalaciones de eliminación de residuos. El Tribunal declaró la independencia de los conceptos relativos a los residuos (establecidos en la Directiva 75/442/CE) en relación a las obligaciones que se derivaban de la Directiva 85/337/CEE sobre evaluación de impacto ambiental. De esta forma, en cuanto que unas determinadas instalaciones estuvieran incluidas en el Anexo II de esta última Directiva, debían ser sometidas a tal evaluación. El resultado en el caso que nos ocupa es la obligación de someter la tercera línea de la incineradora que se trata a evaluación, aun cuando permita la valorización de residuos y ello porque se encuentra incluida en el Anexo concreto, de ahí la declaración de incumplimiento de la República italiana.

En relación a la segunda cuestión planteada, Italia aduce que no había obligación de proceder a audiencias públicas de la solicitud porque, según el derecho italiano, no se había producido una solicitud de autorización sino una “declaración de inicio de actividad” conforme a lo previsto en la normativa interna. Sin embargo, el Tribunal dirá que el artículo 12 de la Directiva 2000/76 que refiere la obligación de que “las solicitudes de nuevas autorizaciones para instalaciones de incineración y coincineración estarán a disposición del público en uno o varios lugares de acceso público, como dependencias municipales, durante un plazo de tiempo adecuado, de tal manera que puedan presentarse observaciones antes de que la autoridad competente tome una decisión” debe interpretarse en el sentido de que cubre también esa llamada “declaración de inicio de actividad” que sería equivalente a una solicitud de autorización por lo que debería haberse puesto a disposición del público.

E, igualmente y en función del mismo artículo 12 (que continúa diciendo que “dicha decisión en la que se incluirá, como mínimo, una copia de la autorización, así como las posteriores actualizaciones, deberán ponerse también a disposición del público”) se ha producido un incumplimiento por Italia puesto que la respuesta a la declaración de inicio de actividad no fue comunicada al público.

B) Directiva 92/43/CEE (hábitats): Caza del lobo en Finlandia realizada contra las prescripciones de dicha Directiva en cuanto se hace preventivamente sin acreditación de que la caza autorizada pueda evitar daños graves

La STJCE (Sala Segunda) de 14 de junio de 2007, recae en el asunto C-342/05, y tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Finlandia. La Comisión solicita del Tribunal que declare que Finlandia ha incumplido las obligaciones establecidas por la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre al haber autorizado la caza del lobo sin atenerse a los motivos de excepción previstos en el artículo 16, apartado 1, de dicha Directiva.

Efectivamente, el artículo 16.1 de la Directiva citada supone una excepción a la regla general del artículo 12.1 a) consistente en la prohibición de cualquier forma de captura o sacrificio deliberados de especímenes de dichas especies en la naturaleza. Así, el artículo 16.1 indica que “siempre que no exista ninguna otra solución satisfactoria y que ello no suponga perjudicar el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de la especie de que se trate en su área de distribución natural, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos (...)”.

En el curso de la sentencia se constata por el Tribunal –con documentos presentados por Finlandia– un estado de recuperación de la especie durante los últimos años, por lo que no parece que la autorización de la caza haya afectado a la misma. No obstante, el Tribunal debe afirmar que pese a ese crecimiento “el estado de conservación del lobo en Finlandia no era favorable” [de la terminología utilizada por el artículo 1, letra i), de la Directiva 92/43/CEE] y no encontrando que Finlandia haya acreditado las razones por las que otorga permisos de caza con carácter preventivo, condena esa práctica.

C) Directiva 79/409/CEE (aves): Condena a España por no haber clasificado como ZEPA territorios suficientes en número y superficie. Los criterios ornitológicos como únicos a tener en cuenta para la zonificación. Valor del Inventario ornitológico de SEO BIRD LIFE de 1998

La STJCE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2007, recae en el asunto C-235/04, y tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España. La Comisión solicita del Tribunal que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones establecidas por la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (en su versión modificada por la Directiva 97/49/CE) al no haber clasificado como zonas de protección especial para las aves (ZEPA) territorios suficientes en número y en superficie.

Como se habrá podido comprobar, la cuestión planteada en la Sentencia es, simplemente, definitoria del grado de cumplimiento o de incumplimiento de la Directiva 79/409, en cuanto que la zonificación (ZEPAS) es la principal de las medidas que en la misma se contienen (artículo 4). En ese sentido resultan muy interesantes las cifras que aparecen en los puntos 41 y 42 de la Sentencia y que proceden, respectivamente, del contenido del Inventario ornitológico de 1998 mencionado por la Comisión en su recurso y al que se hace referencia en la rúbrica de este comentario (punto 41) y de las alegaciones defensivas de España (punto 42) y que por creerlas de interés general reproducimos a continuación:

“Según la Comisión, el IBA 98 identifica 391 zonas importantes para la conservación de las aves en España que ocupan una superficie de 15.862.567 ha, lo que representa aproximadamente el 31'5% de la superficie del país. Ahora bien, el examen de las 427 ZEPA designadas por el Reino de España, correspondientes a una superficie total de 7.977.789 ha aproximadamente, equivalente al 15'8% del territorio nacional, revela que 148 zonas importantes para la conservación de las aves están clasificadas como ZEPA en más del 75% de su superficie (2.730.612 ha de un total de 2.967.119 ha), que 194 zonas importantes para la conservación de las aves están clasificadas como ZEPA en menos del 75% de su superficie (4.388.748 ha de un total de 10.739.054 ha) y que 99 zonas importantes para la conservación de las aves no han sido designadas como ZEPA (2.684.713 ha). Por consiguiente, la red de ZEPA es insuficiente” (punto 41).

“El Gobierno español alega que la superficie de la red de ZEPA en España representa una proporción del territorio nacional dos veces y media superior a la media comunitaria (15'51% frente a 6'89%) y hasta diez veces superior a la proporción del territorio de algunos Estados miembros vecinos. Por otra parte, este Gobierno subraya que, en el período comprendido entre abril de 2000 y mayo de 2004, la red española ha pasado de 179 a 416 ZEPA, esto es, 237 nuevas zonas, lo que representa un incremento del 132'40% y el 35% del número de nuevas ZEPA declaradas por el conjunto de los Estados miembros. En cuanto al incremento de la superficie de los territorios clasificados como ZEPA, la participación de las nuevas declaraciones españolas alcanza el 43% de la superficie total declarada en toda la Comunidad. La contribución española supone por sí sola el 35% de

XIII. Medio Ambiente

toda la superficie terrestre de las ZEPA de la Comunidad, mientras que el territorio del Reino de España no representa más que el 16% del territorio de la Comunidad. Según el Gobierno español, estos datos demuestran que el Reino de España ha realizado un esfuerzo superior, por una parte, al de la media comunitaria y, por otra, al esfuerzo realizado por cada Estado miembro individualmente para cumplir las obligaciones derivadas de la Directiva 79/409” (punto 42).

Las cifras anteriores son muy indicativas del impacto evidente que sobre el territorio representa una técnica como la de la zonificación de la Directiva 79/409/CEE y, en particular, del que ha tenido sobre España. Y eso, además, teniendo en cuenta que estamos ante cifras válidas para el comienzo del pleito (2005) y no para el final, pues como se acreditará por el Gobierno español y constata positivamente la Sentencia, posteriormente tendrán lugar nuevas declaraciones como ZEPA o ampliaciones de las ZEPA ya declaradas.

Y, como era fácilmente pronosticable, el Tribunal quita valor a las cifras comparativas aportadas por el Gobierno español pues,

“con carácter preliminar, procede subrayar que un Estado miembro no puede invocar la situación de otros Estados miembros para eximirse de su obligación de designar ZEPA. En efecto, únicamente los criterios ornitológicos establecidos en el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409 permiten delimitar las zonas más adecuadas para ser designadas como ZEPA” (punto 45 de la Sentencia).

Particular interés tiene la cuestión del valor atribuible al Inventario Ornitológico de 1998 elaborado por SEO BIRD LIFE. El Gobierno español pretende negarlo en cuanto que procede de una pura iniciativa privada y ha sido realizado sin contar, para nada, con las informaciones que el Gobierno podría haber proporcionado (punto 15 de la Sentencia), habiéndoselo negado, incluso, el acceso a la base de datos del Inventario. El Tribunal de Justicia es, sin embargo, de la opinión de que este Inventario, como los realizados en otros países, supone la revisión de uno realizado en 1989 y de innegable carácter científico como se apreció en diversas sentencias anteriores (de 19 de mayo de 1998 y de 20 de marzo de 2003, ya comentadas por nosotros) no habiendo presentado los países europeos pruebas que lo desacreditaran. Por tanto, el Tribunal afirmó que este Inventario de 1989 no era jurídicamente vinculante, pero sí que podía ser utilizado para apreciar si un Estado miembro había clasificado como ZEPA un número y una superficie suficiente de territorios (punto 26 de la Sentencia). Por otra parte, y tal y como confirma, finalmente, el Gobierno español, el acceso a la base de datos sí que le fue concedido pero “a condición de que no cediera la información a las Comunidades Autónomas”, condición ciertamente sorprendente si se tiene en cuenta que se trata de entidades públicas a las que les corresponde el ejercicio de las competencias en este ámbito y que no merece ningún tipo de comentario por parte del Tribunal comunitario (punto 37 de la Sentencia).

Pues lo mismo sucede con el Inventario de 1998 que ha sido utilizado, además, por algunas Comunidades Autónomas para sus propias políticas (punto 28 de la Sentencia) y que al no haber sido objeto de otros estudios científicos con los que se puedan rebatir sus resultados “constituye la referencia más actualizada y más precisa para identificar las

zonas más adecuadas, en número y superficie, para la conservación de las aves” (punto 35 de la Sentencia).

Con esta afirmación previa de indudable importancia, el Tribunal pasa a examinar la situación de algunas Comunidades Autónomas encontrando insuficiencias de superficie en las declaraciones correspondientes a ZEPA de Andalucía, Baleares y Canarias. Debe destacarse, sin embargo, que el Gobierno español demuestra que con posterioridad a la terminación del plazo fijado en el dictamen motivado, se ha ampliado la superficie de Andalucía en 560.000 ha, cubierto la protección del milano real en Baleares y aumentado en casi 80.000 ha las ZEPA de Canarias; sin embargo y conforme a los presupuestos procesales del recurso por incumplimiento, se declara que en esas zonas y en el plazo correspondiente se habían producido insuficiencias de superficie en las declaraciones existentes.

Cosa igual sucede en cuanto a número de ZEPA para las CCAA de Andalucía, Galicia, Baleares, Canarias y Valencia. Dejando de lado discusiones puramente analíticas, de particular interés resulta el cruce de argumentos en torno a la situación de Castilla-La Mancha, pues el Gobierno español aduce que la protección de una serie de zonas no debería hacerse en esa Comunidad Autónoma por tratarse de una superficie muy reducida la afectada en ese territorio y deberse realizar la protección, en realidad, a través de la zonificación en CCAA vecinas (punto 66 de la Sentencia). Esta protección afectaría al águila imperial ibérica, la cigüeña negra, el águila perdicera, el águila real, el buitre leonado, el alimoche y el halcón peregrino. Sin embargo, el Tribunal comunitario rechaza el argumento español y declara que la necesidad de protección exigida por el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409/CEE es independiente de la superficie en una Comunidad Autónoma a la que ésta debiera extenderse (punto 67 de la Sentencia).

Y en relación a la protección del cernícalo primilla y en la misma Comunidad Autónoma, Castilla-La Mancha, el Gobierno español niega la necesidad de protección porque tendría que extenderse a zonas habitadas y, según él, ello no es demandado por la Directiva 79/409/CEE. El Tribunal rechaza este argumento indicando que la necesidad de clasificación como ZEPA se deduce en cuanto una determinada zona constituya un lugar de nidificación y al margen de su carácter de zona habitada o no (punto 73 de la Sentencia).

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por las autorizaciones concedidas para la explotación de una mina mediante cianuro. Participación del público en el proceso decisorio en materia medioambiental. Obligación del Estado de ajustarse a las decisiones de los tribunales

En la STEDH de 5 de junio de 2007, en el asunto *Lemke contra Turquía*, el Tribunal constata la violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 6.1 (derecho a una protección judicial efectiva) del Convenio europeo para la protección

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte de ese Estado como consecuencia de las autorizaciones concedidas para la explotación de una mina de oro mediante cianuración.

En relación con el primero de esos derechos, el Tribunal comienza por rechazar las excepciones previas a la admisibilidad de la demanda presentadas por el Gobierno turco considerando que, aunque resida a cincuenta kilómetros de la explotación minera, la demandante tiene la condición de víctima conforme al artículo 34 del Convenio al estar autorizada por el Derecho interno a plantear recurso ante las jurisdicciones nacionales en contra de dichas autorizaciones. El Tribunal afirma además que la pretensión del Gobierno de que la demanda había sido presentada fuera del plazo de seis meses, que debía comenzar a partir de la Sentencia del Consejo de Estado de 1 de abril de 1998, no es aceptable puesto que se trata de una violación continua, que todavía persiste, consistente en la inexecución de las decisiones judiciales que anulaban las autorizaciones concedidas a la explotación minera. Tampoco acepta la objeción del Gobierno de que no se han agotado los recursos internos al no haber hecho uso de una acción de indemnización. En este sentido el Tribunal apunta que esa regla sólo es obligatoria cuando esos recursos permiten obtener un restablecimiento de la situación litigiosa, y en este caso el rechazo de las autoridades turcas a conformarse a las decisiones judiciales lleva a pensar que la acción de indemnización no hubiera constituido un recurso eficaz para terminar con la violación contra la que se dirige.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal afirma que el proceso decisorio en política medioambiental debe comportar la realización de estudios que prevengan y evalúen de antemano los efectos de las actividades a realizar que pueden implicar un daño al medio ambiente y a los derechos de los individuos, añadiendo que el acceso del público a las conclusiones de esos estudios y a las informaciones que evalúan ese peligro tiene una importancia indudable. A eso se añade que si la Administración rechaza o retrasa la ejecución de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, las garantías del justiciable durante la fase judicial del proceso pierden toda razón de ser. De esa manera, a pesar de las garantías procesales recogidas por la legislación turca y concretadas por las decisiones de los tribunales, la autorización concedida por el Consejo de Ministros el 29 de marzo de 2002 para la continuación de las actividades de la mina sin investigación ni estudio previo supone que, hasta la realización de dicho estudio en agosto de 2004, las autoridades turcas han privado de efecto útil a las garantías procesales de la demandante. Por todo ello concluye que no han cumplido con su obligación de garantizar su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Por lo que respecta a la violación del artículo 6.1 el Tribunal afirma que las decisiones del Consejo de Ministros de autorizar la continuación de la actividad en la explotación minera constituyen una violación de su obligación de conformarse de una forma real y en un plazo razonable a las sentencias adoptadas por los tribunales de ese Estado, privando de esa forma al artículo 6.1 de todo efecto útil. El Tribunal afirma que en su opinión ese tipo de comportamiento implica un serio ataque contra el Estado de derecho, fundado sobre la preeminencia del Derecho y la seguridad de las relaciones jurídicas.

B) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Principio de igualdad de las partes en el proceso. Función en una sociedad democrática del acceso de los organismos no gubernamentales a los tribunales internos para la defensa del medio ambiente

Mediante la STEDH de 12 de junio de 2007, en el asunto *Collectif National d'Information et d'Opposition à l'usine Melox-Collectif Stop Melox et Mox contra Francia*, se pronuncia sobre el principio de igualdad de las partes en el proceso en un caso en que una asociación de protección medioambiental plantea un recurso ante el Consejo de Estado frente a la decisión de la Administración de autorizar la ampliación de la fábrica Melox, gestionada por una sociedad privada (COGEMA), para permitir el incremento de la fabricación de combustibles nucleares, sobre la base de que no había sido sometido a encuesta pública ni se había adoptado ninguna medida de información al público. El Consejo de Estado rechazaba el recurso de la asociación demandante y del movimiento ecologista independiente con el fin de anular el decreto que permitía esa ampliación y condenaba a las asociaciones demandantes a pagar una suma de 5.000 francos a la COGEMA en virtud del artículo L. 761-1 del código de justicia administrativa.

El Tribunal interpreta la demanda presentada ante él por la asociación en el sentido de que la COGEMA se haya podido constituir como parte en un proceso dirigido contra una decisión ministerial, es decir, contra el Estado, supone una vulneración del principio de igualdad de armas entre las partes en el proceso, en la medida en que la asociación demandante se habría encontrado frente a dos adversarios. Esa ruptura del justo equilibrio entre las partes se habría agudizado por la condena impuesta por el Consejo de Estado a la asociación a pagar una suma a la COGEMA en aplicación del artículo L. 761-1 del código de justicia administrativa. A este respecto la asociación demandante señala que esa condena al pago en concepto de daños e intereses no se hace en beneficio del Estado, autor de la decisión atacada por ella, sino de una sociedad privada, mientras que en caso contrario, si la citada decisión hubiese sido anulada, habría sido el Estado y no la sociedad privada quien hubiera debido hacerse cargo del pago de la cantidad en concepto de daños.

A este respecto el Tribunal recuerda que el principio de igualdad de armas es uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo recogida en el artículo 6.1 del Convenio europeo, y exige que exista un justo equilibrio entre las partes, ofreciéndose a cada una de ellas una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no la sitúen en neta desventaja en relación a su o sus adversarios. A continuación se apoya en su propia jurisprudencia para señalar que el que varias partes defiendan ante una instancia jurisdiccional un punto de vista parecido no coloca de forma necesaria a la parte adversa en situación de clara desventaja para la presentación de su causa. Esa conclusión es válida para este supuesto en la medida en que la decisión administrativa en relación con la que tiene lugar el proceso constituye la base legal de un aspecto de la actividad económica de la sociedad privada, por lo que la aplicación respecto a ella del artículo 6.1 exige que pueda tener acceso al procedimiento.

XIII. Medio Ambiente

No obstante, el Tribunal advierte que puede sorprender que el Consejo de Estado, al aplicar el artículo L. 761-1, haya considerado equitativo condenar a la asociación demandante, cuyos recursos son limitados, a pagar las costas de una multinacional con recursos mucho más importantes. Con ello señala el Tribunal, no sólo ha penalizado a la parte más débil sino que ha adoptado una medida susceptible de desanimar a la asociación demandante a utilizar en el futuro la vía jurisdiccional para perseguir su objetivo estatutario. En ese sentido el Tribunal subraya que la defensa ante las jurisdicciones internas de causas como la de la protección del medio ambiente forma parte de un papel importante que juegan los organismos no gubernamentales en una sociedad democrática. No obstante, estima el Tribunal que en este caso ese tipo de circunstancias no entran en conflicto con el derecho a un tribunal consagrado en el artículo 6.1 puesto que la asociación demandante ha tenido la posibilidad de reclamar contra su condena en virtud del artículo L. 761-1 cuando la COGEMA formuló esa solicitud en sus observaciones escritas, y que pudo presentarse en la audiencia para tener conocimiento de las conclusiones del Comisario del Gobierno y replicar mediante una nota. Además, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado tomó en consideración la capacidad financiera limitada de la asociación y retuvo una cantidad inferior a la propuesta por el Comisario del Gobierno, así el montante litigioso es moderado (762,245 euros) teniendo en cuenta que la asociación lo paga conjuntamente con el Movimiento ecologista independiente.

Por todo ello el Tribunal concluye que no existe violación del artículo 6.1 del Convenio europeo.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. UNA LEY AUTONÓMICA PUEDE ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE DISCREPANCIAS ENTRE EL ÓRGANO AMBIENTAL Y EL SUSTANTIVO DIFERENTE AL REGULADO EN LA NORMATIVA BÁSICA PARA SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN EL ANEXO II DEL RD LEGISLATIVO 1302/1988, DE 30 DE SEPTIEMBRE

El TS en su STS de 27 de febrero de 2007, Ar. 910, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó a su vez el recurso deducido por la entidad mercantil recurrente sobre la denegación de un permiso de investigación en explotación minera.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia justificaba su decisión en su Fundamento 5º, en lo que aquí nos interesa, en que, conforme al artículo 9.2 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, para la Protección del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid, el órgano con competencias sustantivas está vinculado por la declaración ambiental negativa emitida por el competente en materia de medio ambiente. Prescripción que resulta contraria a lo prevenido en la normativa básica estatal que, en caso de discrepancias entre el órgano con competencias sustantivas y el órgano ambiental, establece como órgano resolutor de las mismas al Consejo de Ministros o al Gobierno autonómico.

La decisión ratificada por la sentencia que comentamos se justifica en cuanto que las actividades sobre las que se emite la declaración de impacto son distintas en la ley au-

tonómica a las establecidas en el Anexo II del RD Legislativo 1302/1988, de 30 de septiembre, de evaluación de impacto ambiental, que tiene carácter básico, y en este caso el procedimiento establecido en la normativa estatal no es de aplicación al tratarse de supuestos diferentes introducidos en la ley autonómica para los que puede regularse un procedimiento específico en la misma.

5. AGUAS CONTINENTALES

A) Vertidos: anulación de un inciso del artículo 245.2 del RDPH por contravenir los principios de reserva de Ley y de jerarquía normativa; discusión sobre ente competente para otorgar la autorización de vertidos indirectos a aguas superficiales

En la STS de 18 de octubre de 2006, Ar. 9598, se procede a la anulación de un determinado inciso del artículo 245.2 del RDPH redactado según el RD 606/2003, de 23 de mayo, dándose la razón al Ayuntamiento recurrente que había formulado la impugnación. De este modo, el TS considera que debido a que los artículos 2.2, 7 y 25.3 de la LBRL establecen que la atribución de competencias a los entes locales se ha de prever por Ley, la modificación operada por el RD impugnado debió ostentar rango legislativo y no reglamentario. En efecto, al disponer el artículo 245.2 del RDPH (redacción de 2003) que la autorización de vertidos indirectos a aguas superficiales corresponde al ente autonómico o local correspondiente, estaría contraviniendo lo contenido en el artículo 24.a) del TRLA, que asigna con carácter general la función de otorgar concesiones y autorizaciones referentes al dominio público hidráulico a los Organismos de cuenca, requiriéndose pues para prever una excepción al respecto una norma de rango legal y no reglamentario, con lo que ha resultado vulnerado el artículo 62.2 de la Ley 30/1992. (Téngase en cuenta que por RD-Ley 4/2007, de 13 de abril, se procede a la modificación del artículo 101.2 del TRLA, disponiéndose por Ley lo que anteriormente se preveía con forma de reglamento por el controvertido artículo 245.2 del RDPH anulado en esta Sentencia.)

Sobre similar temática puede verse la STS de 27 de diciembre de 2006 (Ar. 2110), si bien en esta ocasión lo que se considera improcedente es una Resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar de 1999 que atribuía al ente municipal la competencia para controlar la acometida de los vertidos industriales a la red de alcantarillado, pues en opinión del TS, de la normativa aplicable en ese momento (1999) no puede deducirse que la función de otorgar la autorización de vertidos al alcantarillado pueda corresponder al Ayuntamiento, sino que corresponde a la Administración hidráulica. (De nuevo, ha de tenerse presente la existencia en la actualidad del RD-Ley 4/2007, de 13 de abril, de modificación del TRLA, por lo que afecta a esta cuestión.)

6. MINAS: IMPACTO AMBIENTAL

La STS de 27 febrero de 2007, Ar. 910, resuelve el recurso contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 2004, que desestimó el recurso presentado por una empresa contra la

denegación (por la Administración autonómica) del pase a concesión de un permiso de investigación en una explotación minera.

La controversia jurídica versa aquí sobre el hecho de si se cumplen o no las condiciones legales para el pase a concesión del mencionado permiso, teniendo en cuenta, como elemento previo, que la Administración emitió Declaración de Impacto Ambiental desfavorable en 1998, al encontrarse las cuadrículas mineras objeto de controversia dentro de un Parque Regional (artículo 29 de la Ley 6/1994, de 28 de junio), de modo que según el artículo 29.2 de la Ley autonómica 10/1991, de 4 de abril, quedan prohibidas las actividades que produzcan nuevos deterioros, sin que la extracción de yesos (como la aquí pretendida) pueda considerarse como una actividad que regenerará la zona, sino que, por el contrario, se producirá un deterioro mayor.

Por estos motivos, según el artículo 9.2 en relación con el Anexo II de la citada Ley, la concesión de la explotación ha sido denegada, pues las Declaraciones de Impacto Ambiental son vinculantes en estos casos para el órgano con competencia sustantiva (en este caso, en materia de minas).

7. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas. Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente de Extremadura

La STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2006 (JT 2007, 41), estima el recurso planteado contra la denegación de la devolución de lo ingresado, en función de la inconstitucionalidad del impuesto, que luego fue declarada por Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2006, de 13 de junio. Consecuencia de esta sentencia –dice el TSJ– es que “el impuesto pagado por la recurrente, basado en la Ley declarada nula de pleno derecho, está viciado de esa misma ineficacia y estando impugnada la actuación administrativa que sirvió de fundamento al pago y reclamación del Impuesto, procede estimar el recurso y reconocer el derecho de la sociedad actora a la devolución de las cantidades ingresadas por dicho concepto, con el incremento de los intereses de demora”.

B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua. Cánones de saneamiento en el Tribunal Supremo: compatibilidad con el canon de vertidos de la Ley de Costas

La STS de 10 de octubre de 2006 (RJ 2007, 514), desestima un recurso de casación interpuesto en relación con el canon de saneamiento de Galicia. El motivo de la casación sería la incompatibilidad que al entender de la recurrente se produciría entre el canon autonómico gallego de saneamiento con el canon estatal de vertidos regulado en el artículo 85 de la Ley estatal de Costas. Para la entidad recurrente la sujeción de los vertidos al canon de vertidos determina la no sujeción de dichos vertidos al canon de saneamiento regulado. Se invoca el artículo 6.2 de la LOFCA, según el cual, los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado y, en definitiva, se pide que se formule cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este precepto de la LOFCA; estudia también las competencias sectoriales de Galicia en relación con el medio ambiente. En función de ello, compara los hechos imponibles de los dos tributos y los declara independientes. El canon de saneamiento gallego es un tributo que tiene por hecho imponible la producción en sí de vertidos de aguas y de productos residuales, establecido con un carácter claramente preventivo y disuasorio del hecho contaminante y cuya recaudación tiene la finalidad de generar recursos para financiar las inversiones en instalaciones de saneamiento de aguas residuales y afrontar los gastos de explotación de las infraestructuras de tratamiento de aguas residuales y de su evacuación al mar. En el canon estatal de vertido la circunstancia que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria es que se “autorice” un vertido al dominio público marítimo-terrestre.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) Concepto de productos hidrocarburos: expresión “en cualquier tipo de motor”

La RTEAC de 12 de julio de 2006 (JT 1547), estima el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto contra una resolución del correspondiente Tribunal Regional por el Director del Departamento competente. Se centra el recurso en el concepto de hidrocarburos, como productos destinados a ser utilizados como carburantes “en cualquier tipo de motor”. Declara el Tribunal Central que en la expresión “en cualquier tipo de motor” del artículo 49.2.a) de la Ley reguladora de los Impuestos Especiales, están incluidas las turbinas de gas y, por ello, el producto utilizado como carburante en dichas turbinas está incluido en el ámbito objetivo del Impuesto sobre Hidrocarburos, requiriendo autorización expresa para ello si no está incluido en el artículo 46.1 de la citada Ley.

b) Acreditación de determinadas exenciones

La STS de 26 de abril de 2006 (RJ 6763), mantiene su doctrina, desestimando el recurso de casación interpuesto por empresa suministradora de hidrocarburos a la que se le exige el concepto tributario correspondiente y se le sanciona por haber suministrado productos que se han beneficiado de una exención o a tipos reducidos a quien no estaba en posesión de todos los requisitos necesarios para ello, en concreto la tarjeta CAE (Código de Actividad del Establecimiento).

c) Comprobación administrativa

El TSJ de Murcia, mediante STSJ de Murcia, de 27 de mayo de 2005 (JT 2007, 91), estimó el recurso interpuesto dando la razón al contribuyente. La demandante sostuvo que los análisis del laboratorio central en relación con las muestras extraídas en los camiones-cisterna en los que se transportaba gasóleo, determinantes de las liquidaciones practicadas, carecen de valor probatorio al no haber respetado el procedimiento reglamentario

de extracción de muestras. Concretamente, alegó que se habían infringido las normas en lo relativo a la extracción de muestras ante el interesado o su representante legal, a los recipientes en los que se debe conservar la muestra extraída y a la forma de tomar muestras en camiones-cisterna. Las muestras se referían a los trazadores y color del carburante, clave para fijar su gravamen.

El recurso se estimará ante la convicción por parte del órgano revisor de que tales muestras no eran representativas de la globalidad de la mercancía.

D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre la Electricidad. Concepto de fábrica y aplicación del régimen suspensivo

El STSJ de Canarias (Las Palmas), de 30 de junio de 2006 (JT 1665) estima el recurso planteado contra la Administración tributaria por una compañía dedicada a la producción de energía eólica. La cuestión de derecho se contraía a la determinación del concepto de “fábrica” en relación al objeto de este impuesto, así como a la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto, teniendo en cuenta que no estaba inscrita en el registro territorial correspondiente. Como en sus últimas resoluciones (comentadas en números anteriores de la Revista) la Sala cambia el criterio seguido hasta hacía pocos meses, a la vista de lo que ahora le parecían mejores argumentos que, por otra parte, eran los seguidos por la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional, manteniendo sustancialmente las exigencias para la aplicación del régimen suspensivo en los términos ya señalados, reconoce que si, además de cobrar el impuesto al consumidor final que lo ha soportado en el incremento de su factura, se exige al fabricante del impuesto que lo abone, resulta que la energía suministrada habrá sido gravada dos veces con lo que se quebrantaría el principio de gravamen en fase única, configurador del tributo. Ello sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder.

También se refiere a estas cuestiones la RTEAC de 7 de noviembre de 2006 (JT 2007, 209). El TEAC estima el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el Director General de Tributos contra una resolución del Tribunal Regional de Instancia. El Tribunal Regional había considerado que una red de transporte de energía eléctrica tenía la consideración de depósito fiscal y, en consecuencia, podría serle de aplicación el régimen suspensivo, lo que determinaba la no producción del devengo. El Tribunal Regional entendía que no constituye obstáculo insalvable el que la red utilizada para el transporte de energía eléctrica objeto del gravamen no estaba formalmente autorizada como depósito fiscal, ya que dicha exigencia resulta superflua una vez que en la propia Ley de Impuestos Especiales se configuran directamente como tales depósitos, entre otros, las redes de transporte en cuestión. El Director General, contrario a estas tesis, pedía que se estimase el recurso unificando el criterio. Le da razón el Central declarando como doctrina lo que proponía: “que las instalaciones de producción de energía eléctrica son fábricas pero para su consideración fiscal deberán estar inscritas en los registros territoriales de las oficinas gestoras correspondientes a su demarcación cuya falta de inscripción determina la imposibilidad de operar en régimen suspensivo”.

E) Impuestos sobre el transporte

El TEAC en RTEAC de 27 de septiembre de 2006 (JT 2007, 149), estima el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto contra una Resolución del Tribunal Regional por el Director de la Dependencia competente. Declara el TEAC que en cuanto a vehículos usados adquiridos en el extranjero, la base imponible es el valor de mercado en la fecha del devengo, para cuyo cálculo son de aplicación los precios medios de venta establecidos periódicamente por el Ministro de Hacienda a efectos iniciales del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Dice asimismo que, si el sujeto pasivo presenta unas declaraciones para la autoliquidación del Impuesto Especial sobre determinados medios de transporte basadas en las facturas de compraventa como demostrativas de los precios de mercado, muy distintos de los valores que se deducen de las tablas de valoración de medios de transporte usados aprobadas por el Ministro, en tal caso de discrepancia, el contribuyente debe acudir a una valoración pericial o a cualquier otro medio de prueba documental contradictoria del valor de las tablas. Y es que la normativa prevé el uso, en primer lugar, de las referidas tablas.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUAIN MENDIA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Ayudas.** A) Denegación. Se estima el recurso.
 B) Denegación. Por no haber acreditado la aceptación. **3. Código aduanero comunitario. Autorizaciones administrativas. 4. Defensa de la competencia. Prácticas restrictivas de la competencia: legitimación activa de la Comunidad Autónoma y admisión de prueba indiciaria. 5. Energía.** A) Energía eléctrica. Régimen jurídico. B) Régimen del mercado. C) Carbón. Primas. **6. Industria.** A) Seguridad industrial. Infracción en supuesto de declaración de conformidad emitida por instalador. **7. Telecomunicaciones.**
 A) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Asignación de canales.
 B) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Participación de los Consejos y Cabildos insulares en la gestión de la televisión local. C) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Servicio público y obligación de adaptarse tecnológicamente.
 D) Distribución de competencias en materia de canalizaciones e infraestructuras de radiodifusión sonora, televisión, telefonía básica y otros servicios por cable en los edificios. E) Adjudicación de concesiones: No es un supuesto de “discrecionalidad técnica”.
 F) Imposición de multa: garantías en el procedimiento sancionador. **8. Transportes terrestres.** A) Concesión. Restablecimiento del equilibrio económico-financiero.
 B) Itinerarios. Modificación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la Sentencia 59/2007, de 26 de marzo, hasta la 178/2007, de 23 de julio, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 1 a 6 de 2007.

2. AYUDAS

A) Denegación. Se estima el recurso

La Administración del Estado impugnó en casación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2004 que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Neiker, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario SA, y anuló las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica por la que se había excluido la solicitud de subvención presentada por la entidad recurrente para diversos proyectos I+D, dentro del Plan Nacional de Investigación científica, desarrollo innovación tecnológica 2000-2003.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 15 de diciembre de 2003**, Ar. 158 de 2007, desestimó el recurso reiterando la doctrina contenida en la Sentencia de 19 de diciembre de 2002, Ar. 1271.

La cuestión objeto de debate se centró de nuevo en la determinación de si la entidad solicitante de la ayuda podía o no incluirse dentro de los tipos de entidades a que se refería la norma reguladora de las ayudas. En este sentido la Administración recurrente estimaba que no podía incluirse dentro del concepto de centro público a que se refería la norma reguladora de las ayudas a una entidad que poseía forma jurídico-privada. Por el contrario el Tribunal Supremo entiende que lo que exige la norma es que el centro de I+D sea dependiente de una Administración Pública, sin exigir ningún tipo específico de régimen jurídico. Por ello, tras constatar la relación de dependencia de la entidad solicitante de la ayuda con respecto a las Administraciones Públicas concluye que debió concedérsele la ayuda solicitada y desestima el recurso casacional.

B) Denegación. Por no haber acreditado la aceptación

Dentro del conjunto de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación a la denegación de ayudas en el marco de la Ley 50/1985 de incentivos regionales, la **STS de 18 de diciembre de 2006**, Ar. 174 de 2007, plantea de nuevo la cuestión relativa al carácter subjetivo de las ayudas y la incidencia que tiene sobre este elemento el hecho de que solicitada la ayuda por una entidad, antes de que se le concediese lo solicitado, pase a ser otra entidad distinta notificando este cambio a la Administración concedente una vez se había otorgado la subvención.

Denegada la ayuda, y recurrido este acto, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en una extensa sentencia en la que comienza por reiterar su doctrina relativa a la naturaleza de las medidas de fomento y su incidencia en la interpretación de los preceptos de la Ley General Presupuestaria. En concreto dice que “Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las Sentencias de 7 de abril de 2003 [RC 11328/1998 (RJ 2003, 3541)], 4 de mayo de 2004 [RC 3481/2000 (RJ 2004, 3133)],

XIV. Derecho Administrativo Económico

17 de octubre de 2005 [RC 158/2000 (RJ 2005, 7512)] y 15 de noviembre de 2006 [RC 2586/2004 (RJ 2006, 7148)], la naturaleza de dicha medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan:

“En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión [Cfr. SSTs 20 de junio (RJ 1997, 5299), 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero (RJ 1998, 560) y 5 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8262), 15 de abril de 2002 (RJ 2002, 6497) *ad exemplum*].”

De acuerdo con esta doctrina general y reiterando lo ya dicho en supuestos similares (SSTs de 13 de junio y 18 de julio de 2006, Ar. 3157 y 4628) se afirma que “aunque desde un punto de vista formal en el derecho de sociedades y de las relaciones tributarias sea posible una sucesión entre empresas de sus derechos y obligaciones no puede ser desconocido el régimen especial que regula las subvenciones. Y no cabe duda que la persona solicitante es un elemento que se tiene en cuenta en estas disposiciones”.

A ello se añade que el deber de notificar los cambios de titularidad durante la tramitación del expediente de concesión se encuentra implícito en la normativa que regula las subvenciones. Niega también el Tribunal Supremo que se haya vulnerado la ley de sociedades anónimas, RD-L 1564/1989, artículos 252, 254 y 233 ya que “en el supuesto de que la operación societaria de fusión, absorción o escisión de una sociedad anónima se haya producido con anterioridad al otorgamiento de la subvención, no cabe considerar que sea transmisible a título de sucesión universal una mera expectativa de derecho a obtener una subvención, al modularse la aplicación del Derecho societario en el ámbito del Derecho subvencional”.

Por último, el Tribunal se refiere al hecho de que la modificación de la entidad subvencionada se produjo antes de otorgarse la ayuda. Por ello declara no aplicable el procedimiento establecido en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de mayo de 1994 que aprobó las normas complementarias para la tramitación y gestión de los

incentivos económicos regionales para resolver las incidencias relativas al expediente de concesión que se produzcan con posterioridad a su otorgamiento.

3. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007\917), desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 22 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La sentencia impugnada había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Comercial Oleícola Malagueña, SA” contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 1999, en materia de exacción reguladora, intereses compensatorios e IVA a la importación. Esta resolución, a su vez, había estimado el recurso de alzada interpuesto por el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Española de Administración Tributaria contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía de fecha 14 de marzo de 1996.

La discusión de fondo gira en torno a una autorización, concedida por la Dirección General de Comercio Exterior, a una entidad mercantil, para el régimen de perfeccionamiento activo, sistema de suspensión y modalidad de compensación por equivalencia, para importar una cantidad determinada de aceite de oliva virgen lampante. El Servicio de Inspección de la Dependencia Regional de Aduanas e IIEE de Andalucía consideró que la exportación de aceite de oliva puro y de aceite de oliva virgen extra no estaban amparados por la autorización concedida. La sentencia de instancia, en cambio, a pesar de reconocer que la autorización incurre en contradicciones internas, sostiene que la actuación inspectora supone la revocación tácita de dicha autorización, tal como entendió el Tribunal Económico-Administrativo Regional. Parecer que es confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo. En este sentido, se recuerda que no se puede desconocer la existencia de la autorización y que sus hipotéticas contradicciones internas no pueden ser resueltas ignorándola, que es lo que hacen los actos impugnados. Enlazando con su jurisprudencia, afirma, en definitiva, que las autorizaciones solamente pueden ser revocadas tras seguir el procedimiento adecuado. En el caso enjuiciado, el procedimiento, establecido en el Reglamento CEE 3787/86, era el de anulación y revocación de las autorizaciones expedidas en el marco de determinados regímenes aduaneros, entre ellas las concedidas para el régimen de perfeccionamiento activo.

4. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y ADMISIÓN DE PRUEBA INDICIARIA

La STS de 20 de enero de 2007 (RJ 2007/790), resuelve el recurso de casación interpuesto por varias compañías aéreas contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2003, que desestimó los recursos

acumulados interpuestos contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de noviembre de 1999, por la que se consideró acreditada la existencia de prácticas concertadas restrictivas de la competencia.

En concreto, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impuso determinadas sanciones a las compañías “Iberia. Líneas Aéreas de España, SA”; “Aviaco, SA”, “Air Europa, SA” y “Spanair, SA”, por la infracción del artículo 1.1, letra a), de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en suscribir acuerdos interlíneas, que comportaban la unificación de tarifas, y que podían producir el efecto de restringir la competencia en el mercado nacional de transporte aéreo regular de pasajeros.

En una sentencia larga y detallada, el Tribunal Supremo resume los razonamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la sentencia recurrida, antes de examinar los motivos de casación que habían planteado las compañías aéreas recurrentes.

a) El Tribunal Supremo estima el primer motivo de casación articulado por “Spanair, SA”, porque constata que la sentencia impugnada incurrió en un vicio de incongruencia omisiva, al eludir pronunciarse sobre la legitimación activa de la parte demandante, que era la Comunidad Autónoma de Canarias. El Tribunal Supremo estima este primer motivo de casación y casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2003.

b) Ahora bien, a continuación, el Tribunal Supremo afirma que la Comunidad Autónoma de Canarias estaba legitimada activamente para impugnar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la medida que consideraba que origina perjuicios concretos a los intereses generales de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. El Tribunal Supremo alcanza esta conclusión tras recordar el carácter especial que la insularidad otorga a las Islas Canarias (Sentencias del Tribunal Constitucional 62/2003, de 27 de marzo, y 137/2003, de 3 de julio), y que motiva que los poderes públicos canarios asuman la protección y defensa de los intereses canarios y de los consumidores y usuarios, y como principios rectores de su actuación, entre otros, la promoción del libre ejercicio de los derechos y libertades, tales como la libre circulación y la libertad de empresa.

La sentencia del Tribunal Supremo aporta más razones para reconocer la legitimación activa de la Administración autonómica: así, recuerda que la dicción del artículo 19.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reconoce legitimación activa a la Administración de las Comunidades Autónomas “para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía”. Este reconocimiento es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración pública, en su vertiente de acceso al proceso (artículo 24.1 CE), de tal modo que deben evitarse las interpretaciones excesivamente rigurosas que impidan el citado acceso. Por otra parte, cabe tener en cuenta la salvaguarda de la autonomía política y financiera de la Comunidad Autónoma (SSTC 192/2000, 175/2001 y 201/2002).

c) El Tribunal Supremo estima el motivo de casación planteado por la Entidad “Iberia, Líneas Aéreas, SA”, al apreciar que la Sala de instancia ha incurrido en error jurídico al

calificar los acuerdos interlíneas suscritos entre las compañías aéreas imputadas como acuerdos colusorios prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia. Para la sentencia, que comentamos, los acuerdos interlíneas promueven la apertura del mercado aéreo de transporte de pasajeros y favorecen el desarrollo económico y, en particular, el de las compañías pequeñas en un mercado oligopólico, puesto que les permiten acceder a rutas y frecuencias de otras compañías; a la vez, producen un efecto beneficioso para los usuarios, al promover la movilidad de las personas.

Estos acuerdos son lícitos desde la perspectiva del Derecho de la Comunidad Europea, y añade el Tribunal Supremo que también son admitidos por la Ley de Defensa de la Competencia. En este punto, el Tribunal Supremo precisa que ambos ordenamientos se complementan, puesto que si bien el Derecho Comunitario goza de primacía, es posible efectuar una interpretación del Derecho estatal de la Competencia conforme al Derecho Europeo.

En este mismo motivo, se alega que la Sala de instancia ha incurrido en una utilización inadecuada de la prueba de indicios y de la técnica de presunciones, lo que comporta una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo aplica, para la resolución de este motivo casacional, la ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual la presunción de inocencia es un principio esencial en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Con todo, este derecho no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien este tipo de prueba sólo podrá desvirtuar dicha presunción cuando reúna los requisitos siguientes: por una parte, los indicios han de estar plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas) y, por otra parte, debe explicitarse el razonamiento en virtud del cual, partiendo de estos indicios, se llegue a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora.

La aplicación de esta doctrina conduce a constatar que la sentencia de instancia no explicita el argumento que permite deducir que la suscripción de los acuerdos interlíneas por las compañías aéreas imputadas pueda producir un efecto restrictivo de la competencia. En efecto, el Tribunal Supremo constata que la sentencia de instancia consideró, como único elemento de hecho, la diferencia tarifaria existente y la ausencia de un mecanismo de compensación. Tales elementos se revelan, para el Tribunal Supremo, como insuficientes desde el canon constitucional y no constituyen una prueba de cargo capaz de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia. Por todo ello, el Tribunal Supremo estima los recursos en lo que se refiere a este motivo de casación, y anula parcialmente la resolución impugnada del Tribunal de Defensa de la Competencia.

d) La conclusión a la cual llega el Tribunal Supremo es distinta en relación con la concertación de tarifas. En el caso concreto objeto de litigio, el hecho base está determinado por el incremento simultáneo de las tarifas, que implicó la fijación de precios idénticos en determinadas rutas y tarifas, por parte de las Compañías “Iberia”, “Spanair” y “Air Europa”. Las compañías alegan de nuevo la vulneración del derecho a la presunción de

inocencia, por un uso incorrecto de la prueba indiciaria, pero el Tribunal Supremo desestima este motivo de casación, ya que el cúmulo de variables que inciden en la fijación de las tarifas aéreas hace que no parezca concebible que la coincidencia responda a causas ajenas a la concertación.

5. ENERGÍA

A) Energía eléctrica. Régimen jurídico

La STS de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/898), desestima el recurso contencioso-administrativo planteado frente al Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Las entidades recurrentes, titulares de plantas de cogeneración con una potencia autorizada de 10 y 25 megavatios, impugnaban determinados preceptos del citado Real Decreto en el que se regulaba el régimen económico aplicable a dicho tipo de instalaciones, al considerar que no cumplían con el criterio o requisito de rentabilidad razonable. Sin embargo, el Tribunal rechaza esta pretensión, pues a lo largo del proceso no se pudo acreditar económicamente los costes reales de la actividad de las recurrentes, en contraste con los ingresos derivados de la aplicación del régimen retributivo previsto en la norma impugnada. Añadiendo, además, que no se pudo demostrar que la posibilidad de las recurrentes a acogerse no sólo al sistema de venta en el mercado libre previsto en el Real Decreto 436/2004, sino también a la venta a una empresa distribuidora de la electricidad por ellas cogenerada, les despojara también del criterio de rentabilidad razonable.

En segundo lugar, las recurrentes afirmaban que el régimen retributivo establecido por el Real Decreto de 2004 suponía una discriminación de los titulares de instalaciones de cogeneración alimentadas con fuel-oil respecto aquellas que emplean gas natural. En este sentido, el Tribunal Supremo, citando su Sentencia de 15 de diciembre de 2005, desestima la pretensión, afirmando que el trato desigual responde a la diversidad objetiva de las fuentes generadoras de energía eléctrica. Pues “es obvio que las instalaciones de cogeneración mediante el uso de gas natural contribuyen de modo más efectivo, por comparación a las que utilizan fuel-oil, a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética. Siendo ello así, es legítimo que tengan un trato más favorable que las que emplean este último combustible y aquellos factores de diferenciación (...) justifican sobradamente las diferencias de su régimen retributivo”.

B) Régimen del mercado

En dos SSTS de 6 de febrero de 2007, se resuelven sendos recursos presentados contra el Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos.

En la primera de dichas resoluciones (RJ 612/2007), el Tribunal analiza si se ha producido una elevación y consiguiente congelación de rango de los preceptos relativos al cambio de un consumidor del mercado liberalizado al mercado regulado contenidos en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en virtud de la modificación que, de éste, realizó el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y la mejora de la contratación pública. Y, por lo tanto, si la posterior modificación de estas disposiciones legales efectuada por el Real Decreto impugnado se ajusta a Derecho, al tratarse, en su caso, de una norma de rango jerárquico inferior.

En este sentido, la Sala, acudiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la Sentencia 332/2005, de 15 de diciembre, rechaza dicho motivo de impugnación, considerando, en primer lugar, que el Real Decreto-Ley 5/2005 está habilitado para regular una materia que anteriormente lo era por el Real Decreto 1434/2002, pues en nuestro ordenamiento no existe una reserva reglamentaria. Y, en segundo lugar, se afirma que el Real Decreto 942/2005 impugnado no infringe el principio de jerarquía normativa, pues es el propio Real Decreto-Ley el que autoriza al Gobierno a realizar las modificaciones oportunas en esta materia. Dicha habilitación alcanza también, según el Tribunal, a la regulación de las situaciones de los consumidores cuyo derecho de cambio no se había consolidado con anterioridad a su entrada en vigor. Pues “se trata de una retroactividad mínima autorizada por el ordenamiento jurídico, en cuanto no afecta a derechos adquiridos, sino a meras expectativas (...)”.

La segunda de las Sentencias del Tribunal Supremo a la que nos referíamos más arriba (RJ 863/2007) también tiene por objeto el citado Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, si bien en este caso los motivos de impugnación son sustancialmente distintos a los alegados en la anterior resolución.

En primer lugar, la entidad recurrente funda su demanda en motivos de carácter formal. Motivos que son completamente rechazados por el Tribunal quien, a diferencia de la recurrente, considera que efectivamente en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 942/2005 se han seguido los trámites esenciales establecidos en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Así, el hecho de que el Informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto de reglamento fuera confeccionado con posterioridad a haber sido informado por la Comisión Nacional de la Energía y de haber sido sometido a la audiencia de las asociaciones y organizaciones empresariales no conlleva ninguna irregularidad formal de carácter invalidante, pues no supone ningún obstáculo para que la mencionada Comisión efectuara una valoración plenaria de la reforma proyectada. Asimismo, no se deduce tampoco que se haya producido un menoscabo en el derecho de audiencia, puesto que se pone de manifiesto que las asociaciones y organizaciones empresariales participantes tuvieron conocimiento del significado de la propuesta normativa.

La misma conclusión desestimatoria se afirma sobre la alegación de falta de motivación del Real Decreto impugnado. En este sentido, el Tribunal considera que en la Memoria justificativa del proyecto de Real Decreto aparecía ya, con carácter descriptivo, la finalidad perseguida por la norma. Igualmente, se rechaza el hecho de que la Exposición de Motivos de la norma no contenga una motivación precisa sobre las causas y razones que justifican la modificación normativa, en razón del carácter meramente informador que persiguen los preámbulos de las normas reglamentarias.

Finalmente, por lo que se refiere a la consideración de la inadecuada técnica utilizada en la elaboración de esta norma reglamentaria, se afirma que el control de oportunidad de las normas escapa a la competencia del Tribunal, que se funda en juicios de estricta legalidad, no teniendo como función “corregir las imperfecciones en que, desde la perspectiva de la calidad de la producción normativa, pueda incurrir el titular de la potestad reglamentaria, sino la de depurar vicios de ilegalidad (...)”.

Por último, la recurrente alega también un motivo de impugnación del Real Decreto 942/2005 de carácter material, basado en el carácter retroactivo de sus disposiciones, vulnerando los derechos adquiridos de aquellos consumidores de gas natural que, al amparo del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, habrían consolidado el derecho al cambio del mercado liberalizado al mercado regulado. No obstante, la Sala desestima también esta alegación, subrayando que la norma no introduce una regla de retroactividad que sea contraria a la Constitución, pues no se produce una afectación lesiva a los derechos adquiridos por los consumidores de gas natural por la sucesión normativa impugnada, al no existir tales derechos. Ya que, tal y como sostiene la representación estatal, ningún consumidor cumplía completamente los requisitos establecidos para poder formular dicha solicitud.

C) Carbón. Primas

La STS de 20 de enero de 2007 (RJ 539/2007), resuelve el recurso de casación interpuesto por Endesa, SA frente a la liquidación anual a cuenta de la definitiva de 1998 de la actividad de distribución de energía eléctrica.

Para resolver la cuestión planteada, la Sala acude a la doctrina sentada, entre otras, en la Sentencia de 27 de junio de 2006, que tuvimos ya ocasión de reseñar en esta Revista, señalando, frente a las pretensiones de la recurrente, que no se produce vulneración del principio de irretroactividad de las normas, sino que lo que se efectúa es una interpretación de una norma anterior con arreglo a criterios adecuados establecidos en una norma posterior, al presentar aquélla una laguna legal o defectuosa formulación. Ello –continúa el Tribunal– es perfectamente posible si se tiene en cuenta que los coeficientes de cálculo de las primas del consumo del carbón y los coeficientes de pérdidas deben actuar sobre cantidades que han de acercarse lo más posible a la realidad. Por lo que si en un momento posterior se observa que la aplicación que se hacía con arreglo a las normas anteriores no era real, no hay inconveniente en que se actualicen conforme a los nuevos criterios,

más ajustados a lo efectivamente perdido y consumido. Así, el operador eléctrico tiene un derecho adquirido a obtener la compensación y las primas correspondientes, pero no a que la cuantía de éstas sea calculada de una determinada forma, pues ésta ha de serlo conforme al criterio que más se ajuste a la realidad.

Por ello, concluye que no ha existido violación del principio de jerarquía normativa, al ser la resolución impugnada conforme a unos criterios adecuados a la realidad del momento en que habían de ser aplicados.

6. INDUSTRIA

A) Seguridad industrial. Infracción en supuesto de declaración de conformidad emitida por instalador

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón estimó el recurso interpuesto frente a la sanción impuesta a determinada entidad como autora de una infracción grave tipificada en el artículo 31.2 de la Ley de Industria 21/1992.

Para el Tribunal Superior “en la resolución impugnada se expresa que el principal fundamento para la sanción es la infracción administrativa tipificada en el artículo 31.2, apartado e), de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, según el cual es falta administrativa grave ‘la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajusta a la realidad’, mas resulta que aquí no nos hallamos ante una certificación o informe emitido por técnico competente, sino ante una mera declaración de conformidad efectuada por el instalador, sin que quepa confundir la declaración con la certificación o el informe, según resulta de la propia Ley de Industria, que distingue la declaración [artículo 13.1.a)] de la certificación o informe [artículo 13.1.b) y artículo 16.2]”.

Frente a dicha sentencia el Gobierno de Aragón interpuso recurso de casación en interés de la ley que es estimado por el Tribunal Supremo en su **STS de 30 de enero de 2007**, Ar. 531. Para el Tribunal Supremo la sentencia impugnada contiene una interpretación aplicativa errónea porque excluye que las declaraciones de conformidad de las instalaciones con la normativa de seguridad aplicable emitidas por los instaladores no puedan considerarse subsumibles en la noción de expedición de certificados o informes a que alude el artículo 31.2.e) de la Ley 21/1992. Esta interpretación es además perjudicial para los intereses públicos ya que se impide a la Administración sancionar conductas que son lesivas para el bien jurídico protegido por el legislador. En este sentido afirma el Tribunal Supremo que “debe significarse que el cumplimiento de las prescripciones en materia de seguridad industrial se acredita por los distintos medios a que se refiere el artículo 13 de la Ley de Industria, de modo que todos ellos son idóneos conforme a los Reglamentos de Seguridad Industrial para verificar dicha obligación, que es congruente con el espíritu que informa esta Ley de habilitar a los particulares para, asumiendo funciones de control que corresponden a las Administraciones Públicas, acreditar que una

determinada instalación cumple con los requisitos establecidos en los Reglamentos de Seguridad Industrial”.

La sentencia del Tribunal Supremo afirma también que la interpretación que le lleva a corregir la sentencia recurrida no vulnera el principio de tipicidad en materia sancionadora y cumple con el principio de *lex certa*.

Como consecuencia concluye el Tribunal que debe fijar como doctrina legal la siguiente: “la que ha quedado indicada en el cuarto fundamento jurídico de esta sentencia, en el sentido de que cabe integrar en el tipo de infracción grave establecido en el artículo 31.2.e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que dispone ‘la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos’, las declaraciones del titular de las instalaciones, y en su caso, del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto, o del instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente, comprendidas en el artículo 13.1.a) y b) de la citada Ley de Industria”.

7. TELECOMUNICACIONES

A) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Asignación de canales

La STS de 14 de diciembre de 2006 (recurso 74/2004; RJ 2007/142), resuelve el recurso contencioso-administrativo que la recurrente, que se define como una empresa dedicada a la televisión local desde el año 1993, había interpuesto contra el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local.

La recurrente solicitaba la nulidad de la norma impugnada en el punto en que preveía atribuir el canal de emisión a otras entidades. Fundamentaba la pretensión impugnatoria en que sus emisiones en analógico se encontraban amparadas en la Disposición Transitoria de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, sobre régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres, cuyo apartado primero estableció que “las emisoras de televisión local, que estén emitiendo por ondas terrestres con anterioridad al 1 de enero de 1995, deberán obtener, para continuar con su actividad, la correspondiente concesión con arreglo a esta Ley”.

El Tribunal Supremo desestima la pretensión de la empresa recurrente, para lo que recuerda que la mencionada Disposición Transitoria “se dictó para respetar una situación de hecho de aquellas emisoras de televisión que hasta el momento de la instauración del régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres por la indicada Ley (41/1995), habían venido emitiendo en analógico mediante la ocupación de un determinado espacio radioeléctrico”. Se trataba, señala el Tribunal, “de una especie de compensación material de la falta de regulación del sector”.

Prosigue el Alto Tribunal señalando que, como de la misma Disposición Transitoria se deduce, “de ella no deriva el reconocimiento indefinido de un derecho a la ocupación del espacio radioeléctrico que hasta el momento venían utilizando”, y es que tales operadores no pueden autoconsiderarse como titulares o utilizadores exclusivos de una parte del dominio público radioeléctrico, a efectos de impedir su posterior asignación mediante concurso (Auto de la misma Sala del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004, recogido en el de 10 de noviembre de 2004, ambos en la pieza de medidas cautelares).

Por otra parte, el Tribunal Supremo no acepta la alegación de la empresa recurrente, de que documentalmente se le había reconocido su derecho a emitir, puesto que la lectura de los documentos aportados no establece ese derecho y, en todo caso, los órganos emisores de tales documentos no son los competentes para otorgar una titularidad que únicamente puede obtenerse mediante concesión, a través de los procedimientos establecidos en la propia Ley 41/1995, y por la autoridad competente.

Estas mismas cuestiones son reiteradas en otras dos sentencias del Tribunal Supremo, de la misma fecha, 14 de diciembre de 2007, por las que se resuelven los recursos contencioso-administrativos núm. 84/2004 (RJ 2007/140) y núm. 86/2004 (RJ 2007/141).

Una mención especial merece la **STS de 14 de diciembre de 2007**, por la que se resuelve el citado recurso núm. 86/2004 (RJ 2007/141), en la medida que el Tribunal Supremo desestima la pretensión de la entidad recurrente, basada en que el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, vulnera los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El Tribunal rechaza estas alegaciones porque el Real Decreto precisamente pretende instaurar seguridad jurídica en el hasta entonces confuso panorama de la televisión local por ondas. Y en cuanto a la imputación de arbitrariedad, el Tribunal constata que no descansa en prueba alguna. En fin, el Tribunal Supremo destaca que “la fijación de los canales múltiples asignados o afectados a cada demarcación no supone sino un modo de distribuir, con técnicas concesionales, un bien público escaso, mediante su adjudicación, por concurso en igualdad de condiciones, con criterios objetivos”.

B) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Participación de los Consejos y Cabildos insulares en la gestión de la televisión local

El Tribunal Supremo, en la **STS de 14 de diciembre de 2006** (recurso 85/2004; RJ 2007/143), resuelve el recurso contencioso-administrativo que la Asociación Canaria de Televisiones Locales había presentado contra el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, así como el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre. La actora también solicitaba la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con diversos preceptos de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre.

La impugnación se basa en que el referido Real Decreto y el Plan Técnico no tienen en cuenta a las islas y a sus órganos que las personifican, de tal modo que no les permiten la menor intervención en la configuración y funcionamiento del servicio regulado. Ello entraña una vulneración del régimen jurídico de los Consejos y Cabildos insulares y, en concreto, de la garantía institucional que les está constitucionalmente reconocida, y que se plasma en el artículo 1.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en la medida que este precepto les reconoce el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses.

Ante todo, el Tribunal Supremo admite la legitimación de la Asociación actora, puesto que si bien en su escrito de demanda no hacía referencia a en qué medida la impugnación del Real Decreto pudiera beneficiar a sus intereses, sin embargo, en el escrito de conclusiones la actora justifica suficientemente la afección de sus intereses por el Real Decreto impugnado.

En cuanto al fondo del asunto, el Alto Tribunal considera esencial la evolución normativa posterior en este sector y, en particular, la aprobación de la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, que modificaba la Ley 41/1995, así como la publicación del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio. El Tribunal Supremo destaca que ambas modificaciones normativas dejan claramente sin objeto el presente recurso, puesto que dan satisfacción a los objetivos de la Asociación recurrente, relativos a que las Administraciones insulares tengan participación en la gestión local de la televisión local, y a que se contemplen ámbitos de emisión insular para las televisiones locales. Por todo ello, el Tribunal desestima el recurso presentado por la citada Asociación.

C) El Plan técnico nacional de la televisión digital local: Servicio público y obligación de adaptarse tecnológicamente

La STS de 14 de diciembre de 2006 (recurso 84/2004; RJ 2007/140), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local y, concretamente, contra sus Disposiciones Adicionales Primera y Segunda.

La actora impugna la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, que habilita a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para modificar los canales de emisión de las estaciones de televisión, tanto con tecnología analógica como digital, cuando se requiera por compatibilidad radioeléctrica entre estaciones o por coordinación radioeléctrica internacional. Impugna asimismo la Disposición Adicional Segunda, que establece la forma en que debe producirse el cambio efectivo de determinados canales de emisión de estaciones de televisión analógica, al disponer que las estaciones de televisión digital local no pueden ponerse en funcionamiento hasta después de que se produzca el cambio efectivo del canal de emisión en las estaciones de televisión analógica, en razón de su carácter fundamentalmente técnico.

La entidad mercantil recurrente argumenta que “la modificación del canal de emisión, que se justifica exclusivamente ‘en razones de compatibilidad radioeléctrica entre estaciones’ supone un ‘detrimento a la libertad de expresión’, y cercena el derecho de comunicación porque le causa graves perjuicios económicos al deber realizar cuantiosas inversiones o tener inexcusablemente que cerrar la televisión”. Añade que “el apagón analógico que deriva del ‘salto tecnológico’ de la televisión analógica a la televisión digital produce una situación de indefensión, al deber asumir la obligación de adaptarse en un tiempo transitorio determinado a la televisión digital sin contemplarse un período intermedio de convivencia entre ambas tecnologías”.

El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación (FD 3º). No hay vulneración de las libertades de expresión y de libertad de información, que garantiza el artículo 20 de la Constitución, porque el objeto de las disposiciones impugnadas consiste en ampliar el número de prestadores del servicio de televisión local, al ser más eficiente y disponer de mayor capacidad la tecnología digital. Asimismo, se incrementa el pluralismo informativo y, por otra parte, la recurrente no ha justificado que las disposiciones impugnadas comporten una desfiguración esencial o una limitación abusiva, irrazonable o desproporcionada de la actividad de televisión.

El Tribunal añade que la infracción alegada del artículo 20 de la Constitución, amparada en una hipotética producción de perjuicios a la iniciativa empresarial y a la actividad mercantil, “carece de fundamento, porque este derecho fundamental se concreta en relación con la caracterización de la televisión local como servicio público”.

En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 10, último inciso, “refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho a la libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa”.

El Tribunal Supremo se remite a la STC 127/1994, que señaló que la necesidad de obtener una concesión administrativa no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución. Tales derechos, señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada, pueden resultar limitados en favor de otros derechos, en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo concluye señalando que “el derecho a crear, establecer y mantener medios o instrumentos de comunicación, entre los que se incluyen las emisiones de televisión local, que garantiza el artículo 20 de la Constitución, que se vincula a la prestación de un servicio público que asegura la realización efectiva de este derecho fundamental, no se lesiona por las disposiciones recurridas examinadas”.

Las citadas disposiciones, prosigue el Tribunal, “constituyen una manifestación de la política pública de puesta en marcha de la televisión digital local, que incide directamente, además de en la faceta informativa y cultural, en la faceta organizativa del servicio, desde la consideración de actividad económica, que se justifica con base a las limitaciones establecidas a la libre iniciativa económica de los particulares en el artículo 128 de la Constitución” (SSTC 31/1994, de 31 de enero, y 329/2005, de 15 de diciembre).

D) Distribución de competencias en materia de canalizaciones e infraestructuras de radiodifusión sonora, televisión, telefonía básica y otros servicios por cable en los edificios

La STS de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2007/111), resuelve el recurso de casación promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de enero de 2004, que estimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, y declaró la nulidad del Decreto 172/1999, de 29 de junio, sobre canalizaciones e infraestructuras de radiodifusión sonora, televisión, telefonía básica y otros servicios por cable en los edificios.

La sentencia recurrida declaró la nulidad del Decreto 172/1999, de 29 de junio, puesto que consideró que la Generalidad de Cataluña carece de cobertura competencial en la materia de telecomunicaciones, en la medida que el artículo 149.1.21ª de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre esta materia. Para el Abogado de la Generalidad de Cataluña, la sentencia recurrida incurre en un error jurídico al no tomar en consideración que en este supuesto concurre la competencia autonómica, también exclusiva, en materia de vivienda, de conformidad con la interpretación realizada en la STC 61/1997, de 20 de marzo.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación, con base en la doctrina expuesta en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, por la que se declaró la nulidad de diversos preceptos del Decreto 172/1999, de 29 de junio. Así pues, el Alto Tribunal recuerda que hay una cierta interferencia de sectores en la materia objeto de cuestión, ya que

“no puede dejar de reconocerse que en gran medida afecta a la construcción de edificios en cuya estructura se insertan las instalaciones, mecanismo y obras que sirven de soporte a las telecomunicaciones (...). Ahora bien, estas instalaciones no responden a los criterios comunes de edificación en materia de conducciones de redes y conexión a la red general, sino que presentan una serie de especificidades, que requieren incluso la intervención de un técnico en la materia, distinto del que redacta y dirige el proyecto general”.

En este punto, el Tribunal Supremo recuerda la regulación que se efectuó mediante la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el Real Decreto 279/1999.

El Tribunal Supremo concluye señalando que la Generalidad de Cataluña dictó el Decreto impugnado con extralimitación de sus competencias, puesto que la norma reglamentaria en cuestión se enmarca en la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones.

En todo caso, el Tribunal precisa, en último término, que el alcance de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.21ª de la Constitución debe interpretarse de acuerdo con la doctrina expuesta en las SSTC 168/1993, de 27 de mayo, y 180/2000, de 29 de junio, que no impide a las Comunidades Autónomas ejercer competencias de desarrollo normativo y de ejecución en esta materia, derivadas del título competencial establecido en el artículo 149.1.27ª de la Constitución (“normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y otros medios de comunicación social”). Este último precepto, según el Tribunal, ha de interpretarse a la luz de las innovaciones tecnológicas producidas, en la medida en que estén contempladas en los respectivos Estatutos de Autonomía, ya que las competencias exclusivas estatales no pueden vaciar de contenido los ámbitos de regulación material sobre los que inciden competencias autonómicas.

E) Adjudicación de concesiones: No es un supuesto de “discrecionalidad técnica”

Por medio de la STS de 1 de diciembre de 2006 (RJ 2007/445), el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de octubre de 2003, que conoció del Acuerdo de la Diputación General de Aragón de 28 de julio de 1998 por el que se adjudican las concesiones de los Servicios de Radiodifusión sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia en Aragón con destino a su Gestión Indirecta Privada con carácter comercial.

La Sala del TSJ de Aragón declaró la disconformidad a derecho de la adjudicación efectuada por el Gobierno de Aragón únicamente respecto a una de las emisoras. Frente a esta resolución recurren en vía casacional tanto la Diputación de Aragón como la empresa a quien la Sala retiró la emisora, para adjudicarla a la entidad actora en instancia.

El Tribunal Supremo dedica todo el FD 4º a recordar la línea formalista y restrictiva que debe presidir el recurso de casación, y señala que no cabe introducir cuestiones nuevas, ni limitarse a reproducir los argumentos esgrimidos en instancia, puesto que tiene una función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación del derecho. Deben combatirse los razonamientos de la sentencia objeto de recurso de casación, lo que no ocurre en el presente supuesto.

El Tribunal se centra a continuación en los argumentos presentados por los recurrentes en casación: señalan que la Mesa de Contratación aplicó correctamente los criterios contenidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía el concurso. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación, porque los recurrentes no argumentan acerca de la razón por la que, ante idénticas ofertas respecto a la duración horaria y temporal de la programación, como expresa la Sala de instancia y consta en el expediente administrativo, se procedió a una valoración diferente por parte de la Mesa.

En la sentencia se puntualiza que no estamos ante un supuesto de “discrecionalidad técnica”, que el propio Tribunal Supremo insiste en que exige saberes especializados y com-

porta un cierto margen de apreciación. El Tribunal tampoco admite en este supuesto la presunción de veracidad de la Mesa de Contratación y señala que los recurrentes en casación no combaten los argumentos aportados por la Sala de instancia, en los que se constata el error de la Mesa de Contratación en la aplicación de los criterios del concurso. Por todo ello, se rechazan los motivos de los recurrentes.

F) Imposición de multa: garantías en el procedimiento sancionador

El Tribunal Supremo, en la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007/166), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de diciembre de 2003, que a su vez desestimó el recurso contra una sanción en materia de telecomunicaciones y, en particular, sobre acuerdos de interconexión entre operadoras privadas para el establecimiento de conexiones e institución de costes mínimos de establecimiento de llamadas.

La compañía recurrente denuncia en primer lugar la infracción de los artículos 106.1 y 24.1 de la Constitución, porque fue sancionada en virtud de una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuya validez y ejecutividad estaban *sub iudice*. La infracción por la que la compañía actora fue sancionada tiene la calificación de muy grave, y se encontraba tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones.

El Tribunal Supremo reproduce parte de la sentencia de instancia, en el punto en el que se indica que el tipo definido en el mencionado artículo 79.15 presupone la concurrencia de tres elementos: a) la existencia de una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; b) la notificación de la misma al operador obligado a su cumplimiento para su imprescindible conocimiento, y c) el incumplimiento de la misma. La sentencia de instancia también destacó que esta infracción tiene como finalidad la de evitar la obstrucción a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Supremo concluye que para el ejercicio de defensa en el procedimiento sancionador, el que estuviese *sub iudice* el procedimiento y pedida su suspensión no afectaba a la compañía recurrente. Por ello, desestima el motivo de casación.

En segundo lugar, la actora considera infringido el principio de presunción de inocencia porque no se tomó en consideración, como documento con presunción de veracidad, una copia de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se daba información a una entidad sobre determinadas dudas, lo que pondría en evidencia la falta de claridad de la resolución que la actora había incumplido. El Tribunal Supremo también rechaza este segundo motivo de casación porque la Sala de instancia argumentó correctamente que la resolución era suficientemente clara en cuanto al establecimiento de precios y otros extremos.

En tercer lugar, la compañía recurrente alega la vulneración del principio de proporcionalidad, puesto que se le ha impuesto una sanción desmesurada en relación con la gravedad de la infracción. En la resolución de este tercer motivo, el Tribunal Supremo también hace suya la argumentación de la sentencia de instancia, que concluyó que la sanción impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones respetaba el principio de proporcionalidad, en la medida que es clara la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes.

En cuanto a este tercer motivo, el Tribunal Supremo añade que el cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de ser fiel y puntual, para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, ya que está sometido a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga —prosigue el Tribunal— una especial gravedad a la inejecución deliberada o a la obstaculización de las resoluciones de la citada Comisión. Así pues, todos los motivos planteados por la actora son desestimados en la sentencia del Tribunal Supremo.

8. TRANSPORTES TERRESTRES

A) Concesión. Restablecimiento del equilibrio económico-financiero

Aprobado el Plan de Transporte Urbano de la Comarca de Pamplona se establecieron los criterios para mantener el equilibrio económico-financiero de las empresas concesionarias. Una empresa recurrió la subvención establecida a su favor al entender que no era suficiente para recuperar el equilibrio económico-financiero, recurso que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Para el citado Tribunal “la cuestión central que esta Sala debe abordar no es otra que determinar si el criterio o método utilizado para determinar la subvención es conforme o no con el ordenamiento jurídico. A este respecto, es preciso examinar si la Mancomunidad ha calculado correctamente las alteraciones que pudieran producirse en el equilibrio económico de la empresa por la entrada en vigor del Plan. En este sentido ha quedado probado que se han estimado los ingresos que la concesionaria hubiera obtenido en el caso de que no se hubieran modificado las concesiones, atendiendo tanto al número de viajeros como a las tarifas medias. Y respecto a los costes, se han identificado todas las actividades que la concesionaria ha tenido que realizar como consecuencia de la modificación de la concesión, y se ha procedido a atribuirles un determinado coste aplicando los principios del Plan de Transporte y del RSCL. En este sentido, y por lo que luego se expondrá, la Sala entiende que el criterio utilizado para calcular la subvención es el legalmente correcto habida cuenta que es el que tiene por resultado el restablecimiento del equilibrio económico de la demandante”.

Recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo mediante la **STS de 29 de noviembre de 2006**, Ar. 546 de 2007, desestimó el recurso. Para el Tribunal la sentencia impugnada se ajustó a derecho al establecer para el cálculo de la subvención los gastos,

costes y beneficio industrial, sin que la misma debiera convertirse en una especie de seguro general. De conformidad con el Plan de Transportes y el RSCL se debió excluir cualquier gasto que fuera consecuencia de una deficiente administración por parte del concesionario.

B) Itinerarios. Modificación

Solicitado un cambio de itinerario en la concesión de transporte por carretera, la Administración lo denegó. Interpuesto recurso, el mismo fue desestimado en primera instancia y posteriormente por el Tribunal Supremo en su **STS de 5 de diciembre de 2006**, Ar. 444 de 2007.

El núcleo del debate jurídico se centró en la aplicación de lo previsto en el artículo 78.4 de la LOTT. Según dicho precepto, 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.

Para la Administración, la modificación solicitada supone atender a una demanda de tráfico diferente respecto de la que determinó el título concesional, por lo que se está ante la solicitud de una nueva concesión.

La entidad solicitante y recurrente entiende que la Administración no ha motivado suficientemente su decisión y que ha hecho un uso arbitrario de la potestad que le otorga el artículo 78.4 de la LOTT.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación afirmando que “no cabe apreciar en el caso de autos tal infracción, desde el momento, entre otros, en que el citado precepto autoriza a la Administración a prohibir las sustituciones parciales o totales del itinerario cuando éstas produzcan modificaciones sustanciales que afecten cualitativamente al servicio y no resulten procedentes, y la sentencia recurrida, expresamente ha declarado, que la variación de las circunstancias, en el caso de autos, deben considerarse modificaciones sustanciales carentes de justificación que devienen en improcedentes, y por tanto a no ser que se hubiese cuestionado y desvirtuado tal valoración y declaración, de la sentencia no cabe apreciar la infracción del artículo 78.4 citado. Y en fin, porque esa declaración de la sentencia recurrida, sobre que, las modificaciones propuestas, constituyen modificaciones sustanciales carentes de justificación, no ha resultado, ni controvertida en forma, ni menos desvirtuada, ya que la sentencia analiza y con detalle los hechos o datos en que apoya su conclusión, tanto en relación con el hecho de no haber acreditado la demanda de tráfico, como en relación con las características de las carreteras, y, en fin, con la reducción del trayecto, y cuando ello es así, y esos datos y cuestiones valoradas por la sentencia no han resultado controvertidas, ni cuestionadas en forma, se ha de partir de esa realidad apreciada por la sentencia, máxime cuando en casación, cual recuerda el Abogado del Estado, se ha de partir de los hechos apreciados por la sentencia recurrida, a no ser que se alegue y acredite que ha infringido las normas que sobre la valoración de la prueba

existen en nuestro ordenamiento o que la valoración sea arbitraria o errónea, y sobre ese particular no se formula alegación alguna”.

ANGELS ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL

ALFREDO GALÁN GALÁN

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Anulación de Directiva comunitaria que no había valorado convenientemente los efectos sobre la salud humana de un producto fitosanitario utilizado en la agricultura. **2. Deporte.** A) Anulación de una sanción de pérdida de un partido de fútbol por alineación indebida. B) Determinación del órgano jurisdiccional competente para la resolución de un recurso contencioso contra la resolución de la Junta de Garantías Electorales de la Federación Española de Automovilismo. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Legalidad del Reglamento de las Escuelas de Conductores. b) Nulidad de Decreto autonómico sobre cobro de actividades extraescolares. B) Universitaria. a) Intervención de Catedrático que había colaborado en la elaboración del Programa de la Asignatura en una Comisión. **4. Extranjeros.** A) Permiso de residencia y trabajo. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Extradición. **5. Sanidad.** A) Consentimiento informado. **6. Seguridad privada.** A) Nulidad del artículo 22 del Reglamento de Seguridad Privada por falta de cobertura legislativa. B) El ejercicio del derecho de huelga en los servicios de seguridad privada.

1. CONSUMO**A) Anulación de Directiva comunitaria que no había valorado convenientemente los efectos sobre la salud humana de un producto fitosanitario utilizado en la agricultura**

La STPICE de 11 de julio de 2007, As. T-229/04, resuelve el recurso interpuesto por el Reino de Suecia, que tenía por objeto la anulación de 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 en su anexo. El paraquat es una sustancia activa que forma parte de la composición de uno de los tres herbicidas más utilizados del mundo. Actúa como un herbicida no selectivo de amplio espectro particularmente activo contra las malas hierbas, y destruye las partes verdes de la planta desecando las hojas. Se utiliza en más de 50 variedades de cultivos en más de 120 países y se comercializa en forma de herbicida desde hace unos sesenta años. Esta sustancia activa está prohibida en trece países, entre ellos, Suecia, Dinamarca, Austria y Finlandia.

El Reino de Suecia afirma, entre otras cosas, que el paraquat es la sustancia más peligrosa para la salud —en términos de toxicidad aguda— que jamás se haya incluido en el anexo I de la Directiva 91/414, ya que las lesiones provocadas por esta sustancia son irreversibles. A este respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que cuando el paraquat se introduce en el cuerpo, o cuando se extiende en forma concentrada sobre la piel, produce, después de un cierto tiempo, efectos graves, e incluso mortales. Además, añade que en la bibliografía relativa a la neurotoxicidad del paraquat existen indicios de una relación entre el uso de la sustancia y la aparición de la enfermedad de Parkinson, a pesar de que no se haya demostrado la existencia de una relación cierta entre el uso del paraquat y esta enfermedad. A este propósito, el Tribunal de Primera Instancia estima que “procede considerar que la afirmación contenida en el informe de evaluación de la Comisión según la cual no hay indicios de neurotoxicidad del paraquat resulta de una tramitación del expediente que no cumple los requisitos procesales establecidos por el artículo 7 del Reglamento núm. 3600/92. En consecuencia, debe estimarse el motivo basado en la irregularidad del procedimiento en lo que atañe al examen de una eventual relación entre el paraquat y la enfermedad de Parkinson, sin que sea necesario pronunciarse sobre las demás alegaciones formuladas en el marco de este motivo”.

Asimismo, señala el Tribunal de Primera Instancia que 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 esperarse, 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, apartado 1, letra b), inciso iv), de la Directiva 91/414. Interpretada en conjunción con el principio de cautela, 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 cautela pretende prevenir los riesgos potenciales. En cambio, los riesgos puramente hipotéticos, apoyados en meras hipótesis científicamente no probadas, no pueden ser tomados en consideración. Por lo tanto, 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, cuestión que en el presente caso la Comisión no ha conseguido probar, por lo que se anula la Directiva recurrida.

2. DEPORTE

A) Anulación de una sanción de pérdida de un partido de fútbol por alineación indebida

La STS de 7 de febrero de 2007, Ar. 2652, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Sentencia de 4 de octubre

de 2001 de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a su vez había estimado el recurso interpuesto por un Club de Fútbol contra la sanción que le fue impuesta tras la celebración de un partido en 1998.

El problema jurídico, tramitado al amparo del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, se resume en la omisión del trámite de audiencia. Al respecto, el Tribunal Supremo confirma que es indudable el carácter sancionador de la resolución administrativa que directamente fue impugnada en el proceso de instancia, y el hecho de que fuese dictada en fase de recurso no le priva de esa naturaleza, pues lo relevante es el contenido de la decisión que fue adoptada por dicha resolución, que consistió en dar por perdido el partido a la entidad demandante. En resumen, se ratifica la indefensión que fue apreciada por la sentencia recurrida, porque la audiencia omitida impidió rebatir, con la plenitud que requiere el derecho de defensa para su eficaz ejercicio. Y al respecto, se recuerda que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, las garantías procedimentales del artículo 24.2 de la Constitución son también aplicables a las actuaciones sancionadoras de la Administración.

B) Determinación del órgano jurisdiccional competente para la resolución de un recurso contencioso contra la resolución de la Junta de Garantías Electorales de la Federación Española de Automovilismo

La STS de 27 de marzo de 2007, Ar. 1738, resuelve la cuestión de competencia negativa suscitada entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el correspondiente Juzgado Central, para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado contra tres Resoluciones de 13 de octubre de 2004, dictadas por la Junta de Garantías Electorales adscrita orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, que desestimó los recursos interpuestos, entre otras, contra la actuación consistente en la no difusión de papeletas, adoptados por la Junta Electoral de la Real Federación Española de Automovilismo.

El Tribunal Supremo reitera su doctrina recordando que “Las Federaciones Deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública” (párrafo segundo del artículo 30 de la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre). Lo que permite su doble posibilidad de actuación privada y de gestión de intereses públicos sancionada por la doctrina constitucional y por reiterada jurisprudencia. Asimismo, es preciso recordar que los acuerdos de las Federaciones Deportivas, aun realizados por asociaciones o entidades privadas, son adoptadas por aquellas en el ejercicio de funciones llevadas a cabo por delegación del poder público, por lo que no se está, en consecuencia, ante actos procedentes de órganos centrales de la Administración General del Estado en las materias a que se refiere el artículo 8.2.b) de la Ley de lo contencioso, ni tampoco ante “actos emanados de organismos públicos con personalidad jurídica propia” o de “entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional”, que serían los únicos deferidos, en cuanto aquí importa, a la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, según el artículo 9,

apartados b) y c), de la Ley de lo contencioso. Por lo tanto, aun cuando el artículo 30 de la Ley del Deporte disponga que “las Federaciones Deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo”, no puede, a juicio del Tribunal Supremo, decirse que las resoluciones originariamente impugnadas, emanadas de la Junta Electoral de la Federación Española de Automovilismo, sean actuaciones adoptadas por delegación del Consejo Superior de Deportes al no existir delegación de competencias administrativas en los términos regulados en el artículo 13, apartados. 1, 3 y 4, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiendo resaltarse que el recurso interpuesto contra los actos de dicha Junta Electoral, fueron desestimados por la Junta de Garantías Electorales, adscrita orgánicamente al Consejo Superior de Deportes.

En conclusión, como resulta de lo ya expuesto, la cuestión de competencia de que se trata se refiere a un recurso contencioso-administrativo que tiene por objeto unos acuerdos originarios de la Federación Española de Automovilismo que resuelven determinadas incidencias electorales, por lo que no puede entenderse que emanan del Consejo Superior de Deportes. Por consiguiente, la competencia discutida, al no existir una regla competencial específica referida a un acuerdo como el debatido en el presente litigio, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud de lo dispuesto como cláusula residual en el artículo 10.1.j) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Legalidad del Reglamento de las Escuelas de Conductores

La STS de 14 de diciembre de 2006, Ar. 477 de 2007, desestima un recurso contencioso-administrativo directo contra determinados preceptos del Real Decreto 1295/2003, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las Escuelas Particulares de Conductores.

b) Nulidad de Decreto autonómico sobre cobro de actividades extraescolares

La STS de 23 de enero de 2007, Ar. 978, ratifica la nulidad del Decreto catalán 155/1997, de 25 de junio, en lo relativo a la supeditación del cobro a los alumnos por actividades extraescolares y por el uso de servicios escolares a la previa autorización del Departamento d'Ensenyament, al considerar este requisito contrario al artículo 51 LODE (en su versión de 1995).

B) Universitaria

a) Intervención de Catedrático que había colaborado en la elaboración del Programa de la Asignatura en una Comisión

La STS de 20 de noviembre de 2006, Ar. 571 de 2007, rechaza una impugnación basada en que, en un proceso selectivo para una plaza de Profesor Titular de Universidad, la Comisión estaba presidida por un Catedrático que había participado en la elaboración del Programa de la Asignatura presentado por el candidato que resultó finalmente nombrado.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de residencia y trabajo

La STS de 14 de diciembre de 2006, Ar. 510 de 2007, considera contrario al principio de protección a la familia que consagra el artículo 39 CE el haber resuelto antes, de manera denegatoria (incluida la posterior expulsión de España), la petición de un permiso de trabajo y de residencia de una menor, antes que la de su madre (plantuada seis meses antes).

B) Denegación de entrada y expulsión

Sobre la denegación de entrada en frontera, la STS de 22 de febrero de 2007, Ar. 914, anula una resolución gubernativa en tal sentido porque –como en anteriores Crónicas hemos recogido aquí– el Informe-propuesta del Instructor (del que no se había dado traslado al interesado) recogía datos nuevos y relevantes, diferentes a los comunicados con anterioridad al interesado.

Por el contrario, la STS de 28 de febrero de 2007, Ar. 1042, corrobora la legalidad de la denegación de entrada, pues, tras dudar razonablemente (éste es un dato decisivo en estos casos, como ya hemos visto en anteriores ocasiones) de las razones alegadas por el extranjero que intentaba entrar, éste no pudo justificar la capacidad económica suficiente.

En materia de expulsión, en primer lugar mencionaremos la STJCE de 7 de junio de 2007, As. Comisión c. Holanda, C-50/06, que declara el incumplimiento del país demandado, en relación con la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificada por razones de orden público, seguridad y salud pública, al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio. Además de esta declaración de incumplimiento –que a quien afecta directamente es al Estado miembro de referencia–, encontramos en la Sentencia un razonamiento de interés y aplicación más generales. Así cuando, reiterando jurisprudencia anterior propia, el Tribunal de Luxemburgo interpreta que la

mencionada Directiva 64/221 debe aplicarse no sólo a los ciudadanos de la Unión que se encuentren legalmente en otro Estado, sino a todos los ciudadanos de la Unión, aunque su estancia en otro Estado miembro sea ilegal (apdos. 35 a 37). Asimismo, el Tribunal vuelve a reiterar su conocida jurisprudencia con respecto a la expulsión por razón de orden público o seguridad pública, que considera insuficiente la existencia de una condena penal, sino que exige en todo caso la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (apdo. 41), y que la reserva de orden público debe ser interpretada restrictivamente, requiriéndose que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (apdo. 43).

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos comenzar por destacar una Sentencia de la Sala de lo Penal, **STS de 23 de noviembre de 2006**, Sala Segunda, Ar. 436 de 2007, donde se contienen unas muy interesantes consideraciones sobre la medida de expulsión como sustitución de la condena penal impuesta a extranjero, que conviene reproducir aquí:

“1. El artículo mencionado (se refiere al artículo 89.1 CP) establece que las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español. A partir de esta declaración de principios que no deja de suscitar una cierta perplejidad al denotar que el legislador abandona cualquier pretensión constitucional de que la pena produzca un efecto reinsertador y rehabilitador. Esta previsión constitucional no puede estar condicionada a la nacionalidad del condenado. Su inclusión en el Código Penal prima los criterios de políticas de seguridad abandonando la política criminal al sustituir una pena grave, que difícilmente tienen parangón en la mayoría de los delitos contenidos en el Código Penal, por una expulsión más allá de las fronteras sin que precise, de manera legalmente establecida, hacia dónde se debe encaminar su destino.

2. Si alguien entiende que debe ser hacia el país de origen del condenado, olvida que la expulsión no puede ser automática y que, en todo caso, los efectos de esta decisión que entraña la sustitución de una pena grave, no puede adoptarse sin tener en cuenta todos los intereses en conflicto. Tanto los personales de la persona condenada que tiene derecho a una individualización racional de la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y laborales o los derechos de la propia víctima, que se ven frustrados al introducir en la legalidad penal una decisión de política administrativa de emigración.

3. El legislador, consciente de la gravedad de la decisión, introduce, como elementos correctores, la audiencia del Ministerio Fiscal y exige que, de forma motivada, se justifique la conveniencia o necesidad de que cumpla la condena en España. Esta decisión se considera excepcional lo que invierte el sentido de la medida. Es lo más racional que, en principio, las penas deben ser ejecutadas en los términos previstos en el Código Penal y establecidos en la sentencia. Los principios generales de ejecutividad de las penas se ponen en cuestión de una forma tan drástica que difícilmente encaja con el principio de legalidad y, sobre todo, el de proporcionalidad de la respuesta a un hecho tan grave que puede ser castigado con hasta seis años de prisión.

4. Lo normal es el cumplimiento de la pena y, en todo caso, cuestión discutible, lo accidental sería la expulsión del territorio nacional. La solución adoptada por el legislador es tan asistemática y tan perturbadora de la legalidad penal que en el apartado 3 del artículo 89 establece, sin tener en cuenta la subordinación al propio contenido y exigencia de la naturaleza de las penas en el texto legal, que el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, será devuelto por la autoridad gubernativa.

5. La expulsión resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena ni como una medida de seguridad, lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas.

6. No tiene los efectos que para el incumplimiento de penas (37.3 y 88 del Código Penal) se contempla en la ley. En estos casos se impone la deducción de testimonio para incoar una causa por quebrantamiento de condena. Asimismo en el artículo 100 del Código Penal, en relación con las medidas de seguridad, cualquier incumplimiento de sus previsiones lleva aparejada la subsiguiente exigencia de responsabilidad penal por quebrantamiento de condena.

7. Sin embargo, dado el tenor del artículo 89.3 del Código Penal, el legislador abandona toda pretensión de considerar el incumplimiento de la expulsión como una burla o conculcación de los delitos contra la Administración de Justicia y paraliza, de forma injustificada la previsión legal del artículo 468 sustituyéndola por una extraña e ininteligible medida gubernativa que tiene posibilidades de recurso por la vía contencioso-administrativa.

8. Resulta incomprensible que si se intenta quebrantar la orden de expulsión esquivando su cumplimiento o bien burlando la ejecución tratando de entrar de nuevo en España, la actuación no es delito sino que se trata de una infracción administrativa que tiene que ser ejecutada por la autoridad gubernativa. Es evidente que esta decisión que en el plano del quebrantamiento de condena tendría escasas posibilidades de prosperar, en la vía administrativa abre un debate más amplio en el que se pueden manejar alegaciones que nada tienen que ver con el delito formal de quebrantamiento de condena.

9. Por otro lado, ni el Ministerio Fiscal ni, como es lógico, el acusado, solicitaron la expulsión, lo que nos lleva a una situación paradójica en la que el defensor de la legalidad solicita el cumplimiento de la condena y el acusado en el uso legítimo de las posibilidades que le concede la ley opta por sustituir la incómoda prisión por una expulsión a no se sabe dónde y sin que existan ni las más mínimas garantías de que la orden va a ser efectiva.

10. Asimismo, el órgano Juzgador no explica ni razona mínimamente por qué adopta la decisión de expulsión. Más que justificar la ponderación de intereses en liza, se limita a manifestar, con un simplicismo preocupante y puramente moralizador, que la causa de la expulsión es que el propio acusado manifestó que consideraba su estancia en una prisión española como el alojamiento en un hotel de lujo. No deja de causar extrañeza tan proclive inclinación de la sentencia a considerar que la privación de libertad durante cinco años,

supone unas vacaciones pagadas a costa del erario español. Esta conclusión estimamos que no sería compartida por la mayoría de los ciudadanos españoles y otras nacionalidades que se han visto abocados a cumplir cinco años de estancia en un centro penitenciario.

11. Hasta tal punto esta apreciación resulta totalmente desafortunada e irreal que el mismo condenado, en su escrito de impugnación del recurso del Ministerio Fiscal, cambia de criterio y mantiene que prefiere que le expulsen aunque sea con un destino incierto que disfrutar cinco años de prisión en un hotel de lujo.”

Las SSTs de 18 de enero de 2007, Ar. 1685, de 25 de enero de 2007, Ar. 1696, de 9 de febrero de 2007, Ar. 1728, de 28 de febrero de 2007, Ar. 878 y 882, y de 29 de marzo de 2007, Ar. 1567, reiteran su conocida doctrina relativa a la necesidad de una motivación específica para que proceda la medida de expulsión y no la general de la multa. Dada la claridad y exhaustividad argumentativas desplegadas por el Tribunal Supremo, merece también reproducir aquí su interpretación al respecto:

“Parece obligado recordar que, como ya se ha señalado en recientes sentencias de esta Sala, en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [artículos 49.a), 51.1.b) y 53.1], en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [artículos 53.a), 55.1.b) y 57.1], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 ‘podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español’, e introduce unas previsiones a cuyo tenor ‘para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia’.

De esta regulación se deduce:

1. Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos, ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53.a) sino también del artículo 63.2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53.a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que ‘podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa’, (dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2. En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, ‘podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional’.

3. En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4. Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.”

C) Asilo y condición de refugiado

La STS de 31 de octubre de 2006, Ar. 763 de 2007, ordena tramitar la solicitud de asilo, anulando la inadmisión a trámite [que sólo es posible en casos de falsedad manifiesta, inverosimilitud o pérdida sobrevenida de la necesidad de protección, ex artículo 5.6.d.) de la Ley 5/1984], al recordar que ya anteriormente (STS de 26 de julio de 2006, Ar. 4653)

había dictaminado que la clase empresarial colombiana podía considerarse un “grupo social” relevante a efectos de la concesión de asilo.

En este sentido, el Alto Tribunal ha dictado otras resoluciones anulando la inadmisión a trámite y ordenando la tramitación completa del procedimiento hasta la decisión sobre el fondo de la petición: así, destacamos las **SSTS de 30 de noviembre de 2006**, Ar. 417 de 2007 (Rusia), 418 de 2007 (Ucrania) y 423 de 2007 (Ucrania), **de 18 de enero de 2007**, Ar. 1682 (Nigeria), **de 25 de enero de 2007**, Ar. 1694 (Cuba), **de 9 de febrero de 2007**, Ar. 1717 (Ucrania), 1719 (Cuba) y 1720 (Nigeria) y **de 21 de marzo de 2007**, Ar. 1603 (Guinea Ecuatorial) y 1604 (Etiopía).

Sin embargo, la **STS de 11 de enero de 2007**, Ar. 1678, confirmará la legalidad de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, dado que la interesada (nigeriana) sólo había aducido razones socioeconómicas en su petición; las razones religiosas de la persecución sólo fueron alegadas en el recurso de casación, razón por la que el Tribunal Supremo desestimaré el recurso contra la sentencia que ratificaba la legalidad de la denegación administrativa.

Finalmente, resulta también de interés la **STS de 30 de noviembre de 2006**, Ar. 425 de 2007, que casa una sentencia que había ratificado la legalidad de la denegación del asilo (a colombiano que ejercía de escolta privado de la vicepresidenta de una empresa), para lo cual se remite también a su anterior Sentencia de 26 de julio de 2006, Ar. 4653, donde perfiló el concepto jurídico de “grupo social” a efectos de la protección que otorga el asilo.

D) Extradición

La **STC 140/2007, de 4 de junio**, tras recordar la doctrina desarrollada por este Tribunal acerca de los deberes de protección de los derechos fundamentales del extraditatus por parte de los órganos judiciales españoles (SSTC 13/1994, de 17 de enero; 91/2000, de 30 de marzo, y 82/2006, de 13 de marzo), otorga el amparo solicitado por un ciudadano español frente al Auto de la Audiencia Nacional, confirmatorio de su extradición a Perú. El motivo es que la resolución judicial había dado una respuesta genérica e insuficiente frente a la alegación de posible trato inhumano o degradante; esto es, por una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE).

5. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Nuevamente la **STS de 23 de febrero de 2007**, Ar. 884, vuelve a enfrentarse, en un asunto de responsabilidad patrimonial (aspecto que no corresponde abordar en este apartado), con la cuestión del consentimiento y de la información previa del paciente (en este caso,

sometido a una intervención quirúrgica). Recordando jurisprudencia anterior —que ya hemos tenido oportunidad de conocer en pasadas Crónicas—, el Tribunal Supremo resolverá que “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala *praxis ad hoc*, no lo es menos que tal mala *praxis* no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno”.

6. SEGURIDAD PRIVADA

A) Nulidad del artículo 22 del Reglamento de Seguridad Privada por falta de cobertura legislativa

La STS de 30 de enero de 2007, Ar. 613, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Catalana de Empresas de Seguridad contra el Real Decreto 2364/1994, de 9 diciembre, que aprueba el reglamento de seguridad privada. En concreto declara nulo su artículo 22 en el que se dispone que “Con independencia de lo establecido en el artículo anterior y de las responsabilidades a que hubiere lugar, en el caso de que la prestación del servicio infrinja gravemente la normativa reguladora de la seguridad privada, o dicha prestación no se ajuste a las cláusulas contractuales, el Gobierno Civil podrá, en cualquier momento, ordenar la suspensión inmediata del servicio por el tiempo necesario para su adecuación a la norma”.

El argumento de la parte actora se concreta en que tal precepto no encuentra en la Ley 23/1992 cobertura legal, puesto que no establece una sanción de suspensión que sea fruto de un procedimiento, ni tan siquiera una medida cautelar similar. Por su parte, el Tribunal Supremo confirma la nulidad del precepto, y da la razón a la parte recurrente, añadiendo de forma clara que, si bien la seguridad privada se integra funcionalmente en el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, y aunque los servicios privados de seguridad se consideran como servicios complementarios y subordinados respecto a los de la seguridad pública, formando parte, así, del núcleo esencial de la competencia exclusiva atribuida en esta materia al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución, no cabe que una norma de rango reglamentario, sin el respaldo, cuando menos implícito, de una decisión del legislador, pueda suspender, en los términos del artículo 22, la prestación de un servicio de seguridad privada si la empresa que lo presta, el personal de seguridad, y el servicio en sí mismo, cuenta con las autorizaciones y habilitaciones previas que puedan ser necesarias. El principio general de libertad sobre el que descansa nuestro ordenamiento jurídico no permite, ni tan siquiera en ámbitos tan intensamente intervenidos, como el de la seguridad, que a través de una norma reglamentaria, que esté huérfana de todo respaldo en una previa de rango legal, se impida la actividad de los particulares una vez que éstos hayan obtenido, de ser necesarias, aquellas autorizaciones y habilitaciones previas.

B) El ejercicio del derecho de huelga en los servicios de seguridad privada

La STS de 27 de septiembre de 2006, Ar. 758/2007, examina la prestación de servicios mínimos esenciales en el ámbito de la seguridad privada con motivo de la convocatoria de una huelga general. Al respecto cabe recordar que mediante Real Decreto 524/2002, de 14 de junio, se garantizó la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la se-

guridad privada en situaciones de huelga. En síntesis, en su artículo 2 se señalaban los servicios que, en el ámbito de la seguridad privada, tendrían la consideración de “servicios esenciales de la comunidad”; y en el artículo 3.1 se determinaba que “El Secretario de Estado de Seguridad o los Delegados del Gobierno, cuando el ámbito territorial de la huelga sea autonómico o inferior, respecto de los servicios declarados esenciales en el artículo anterior, determinarán, mediante Resolución, el porcentaje del personal adscrito a los mismos que deberá desarrollar su actividad durante la misma”. Y, mediante Resolución del Secretario de Estado de Seguridad se determinó el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales durante el desarrollo de la huelga general convocada para el 14 de junio de 2002.

Es precisamente la legalidad de esta última Resolución del Secretario de Estado la que se analiza en esta Sentencia, y al respecto el Tribunal Supremo concluye que basta el examen del preámbulo de la Resolución del Secretario de Estado para comprobar la ausencia de motivación en los términos exigidos por la jurisprudencia, que prolijamente se cita. Y de modo detallado se indica que en el segundo párrafo de la Resolución se hace referencia a que “(...) el mencionado personal contribuye de manera directa a garantizar el ejercicio de las libertades, así como la seguridad de personas y bienes y la prevención del delito”; en el tercero, cuyo contenido parece incluirse a los efectos de cuantificación de los servicios mínimos, se señala que “(...) actualmente en España derechos fundamentales tan inherentes a la condición humana como la vida, la libertad ideológica o la seguridad, recogidos en los artículos 15, 16 y 17 de nuestra Constitución, se ven permanentemente amenazados por la actividad terrorista”, y, por último, en el párrafo siguiente se destacan los sectores más vulnerables al terrorismo, y se pone de manifiesto que la insuficiencia de medios humanos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fue la causa que obligó a la contratación de empresas de seguridad para poder garantizar la seguridad de dichas personas. Al efecto, el Tribunal Supremo observa que da la impresión de que toda la justificación que se contiene, en los citados párrafos, está dirigida a justificar los servicios mínimos de directa protección a las personas contenidas en el apartado primero de la Resolución y no impugnado en el recurso, pero no a los servicios que se fijan en relación a actividades de depósito, custodia, recuento y clasificación de dinero; bancos y similares; centrales nucleares y similares; fábricas de armas y explosivos; materias inflamables; suministro y distribución de energía; centrales de alarma; transportes y medios de comunicación social, etc. Evidentemente tal ausencia prácticamente absoluta de motivación impide analizar la bondad o error de los porcentajes establecidos en situación de huelga, teniendo en cuenta elementos tales como su duración (en el caso examinado de un solo día), la posibilidad de supresión de alguno de los servicios, la quizá mayor exigencia de seguridad en atención justamente a la situación de huelga, etc. Pues bien, tal ausencia de motivación obliga al Tribunal Supremo, como se ha indicado, a la anulación de los mencionados apartados segundo a cuarto de la Resolución impugnada.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Competencia. a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo. a') Etiología de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. b') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de recursos contra Decretos del Alcalde desestimatorios de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. c') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos contra la denegación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial del Ministerio de Fomento por un accidente acaecido en carretera de titularidad autonómica. b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

a') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos contra la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio de Resolución del Director General de la Policía denegatoria de la petición de obtener una determinada plaza. b') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen lo los recursos contra Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario, actuado por delegación del INSALUD, por la que se adjudica un concurso de suministro.

c) Tribunales Superiores de Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Resolución de Subdirector Provincial de Gestión Recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se inicia el procedimiento.

b') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra desestimaciones presuntas de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Instituto Madrileño de la Salud y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria sobre reclamaciones de períodos de cotización en el régimen general de la Seguridad Social. c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Resolución del Director de una Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social, dictada por delegación del Director Provincial.

B) Partes. a) Capacidad procesal: el artículo 138.1 LJCA impone el deber de subsanar o de combatir las alegaciones efectuadas. b) Legitimación. a') El particular tiene legitimación para recurrir un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del

Poder Judicial que acordó el archivo del procedimiento iniciado con una queja.

b') Las asociaciones de defensa de los derechos humanos tienen legitimación para impugnar disposiciones de carácter general relacionadas con esta materia. c') Los Sindicatos tienen legitimación para recurrir contra una Relación de Puestos de Trabajo.

C) Objeto. a) Una Instrucción del Director General de la Inspección de Trabajo sobre reglas de devengo de complemento de productividad no es una disposición de carácter general. b) Es impugnabile el inicio de un procedimiento sancionador y la propuesta a un Juez de Instrucción de ingreso en un centro de internamiento. D) Pretensiones: el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa del órgano judicial. E) Procedimiento. a) El plazo de interposición del recurso comienza cuando termina la publicación del Plan General de Ordenación Urbana en el Boletín Oficial correspondiente. a') La declaración de caducidad opera automáticamente y no puede rehabilitarse el plazo. b) Expediente administrativo: la declaración sobre el levantamiento de la confidencialidad de documentos efectuada por la Administración sólo puede acordarse a la vista de los escritos de demanda y de contestación. c) Prueba. a') Deben expresarse los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba. b') La falta de expresión de los hechos sobre los que versará la prueba puede subsanarse en el recurso de súplica contra el auto que la deniega. d) En aplicación del artículo 74.7 LJCA debe acreditarse de forma indubitada la existencia de actos de la Administración favorables al reconocimiento de las pretensiones del demandante. e) Sentencias: la motivación de las sentencias no tiene una extensión mínima exigible. F) Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona: la instalación de una planta depuradora no vulnera derechos fundamentales. G) Extensión de efectos de la sentencia: en la LJCA de 1956 no existía el instituto de la extensión de efectos de la sentencia. H) Medidas cautelares: alcance limitado del criterio de la apariencia de buen derecho.

2. Recurso de casación. A) Objeto. a) Sólo es admisible el recurso de casación en caso de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general si el Tribunal de instancia tiene competencia objetiva para anular la norma indirectamente impugnada.

b) No se puede recurrir en casación el auto que determina la indemnización sustitutoria por imposibilidad de ejecución de sentencia. c) Pierde su objeto el recurso de casación contra el auto de medidas cautelares cuando se dicta sentencia en los autos princi-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

pales. B) Motivos: la inadecuación del procedimiento se debe referir a la actuación del Tribunal *a quo*, no a la de la Administración. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia tras la entrada en vigor de la LO 19/2003 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a las modificaciones efectuadas por esta norma en la LJCA de 1998, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, no son susceptibles de recurso de casación. B) En el recurso de casación para la unificación de doctrina debe estarse a la declaración de hechos probados por la sentencia recurrida. **4. Recurso de revisión.** A) La interposición del recurso dentro de plazo se acredita con la presentación de copia del documento con el sello de Correos y certificado de la oficina de la misma fecha dirigido al órgano administrativo. B) Los motivos del recurso de revisión deben ser interpretados de forma restrictiva.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 32 (marzo de 2007) hasta el número 4 (abril de 2007) en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, entre los que merecen ser destacados los relativos a las cuestiones de competencia y a la aportación de documentos clasificados al expediente administrativo.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo

a') Etiología de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo

La reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003 vino a cumplir un anunciado como posible por el legislador ordinario, relativo a la ampliación de la relación de materias para cuyo conocimiento son competentes los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

El ATS de 24 de julio de 2006, Ar. 8207, hace memoria de los motivos expuestos por el legislador de 1998 respecto a la necesidad de implantación de unos nuevos órganos jurisdiccionales, unipersonales, que conocieran de aquellos asuntos que requieran, por su índole, por su menor relevancia o por otras razones organizatorias o prácticas, una solución más rápida o del órgano judicial que se encuentra más próximo a la realidad en

que surgió el pleito. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 justifica la atribución de competencias que hace en su artículo 8 a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, indicando que las relacionadas en el mencionado precepto son las que en el momento de su puesta en funcionamiento “pueden razonablemente ejercer y que parecen suficientes para consolidar la experiencia”. Y añade en el párrafo cuarto de su apartado III: “Nada impide, antes al contrario, que tras un primer período de rodaje la lista de competencias se revise a la vista de esa experiencia”. Esa revisión, para ampliarlos, de los asuntos que son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo es la que se ha llevado a cabo por medio de la Ley Orgánica referida.

b') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de recursos contra Decretos del Alcalde desestimatorios de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial

La STS de 20 de noviembre de 2006, Ar. 364, resuelve una cuestión de competencia que se suscita entre un Juzgado de lo Contencioso-administrativo y un Juzgado Central del indicado orden jurisdiccional para conocer de dos recursos contencioso-administrativos, acumulados, planteados, uno de ellos, contra el Decreto del Alcalde de un Ayuntamiento que en vía de recurso desestima otro anterior que denegó una solicitud de reclamación de daños y perjuicios por el concepto de responsabilidad patrimonial, y el otro contra un Decreto del antes mencionado Alcalde que desestimó asimismo una reclamación por concepto de responsabilidad patrimonial.

Ha dado origen al planteamiento de la presente cuestión de competencia que por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo se afirmase, en el Auto en el que se declaró su falta de competencia, que el proceso en cuestión tuviera por objeto un acto presunto del Consejo de Administración de RENFE en relación con una solicitud de responsabilidad patrimonial. Ahora bien, de los antecedentes que se han expuesto en el fundamento segundo de esta resolución, resulta que los actos administrativos recurridos en el proceso de que se trata son unos Decretos dictados por el Ayuntamiento antes referido. Así las cosas, como la competencia cuestionada viene determinada por los actos administrativos impugnados, la Sala declara que los recursos contencioso-administrativos de que se trata deben ser enjuiciados por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo.

c') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos contra la denegación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial del Ministerio de Fomento por un accidente acaecido en carretera de titularidad autonómica

La STS de 25 de septiembre de 2006, Ar. 8292, analiza un recurso contencioso-administrativo en el que se impugna una desestimación presunta, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, hay que atribuir al Ministro de Fomento. Resuelve por ello la cuestión de competencia en el sentido de que la competencia discutida corresponde al Juzgado Central en cuestión en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.d) LJCA, conforme al cual los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que se deduzcan contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros. No puede, por tanto, ser determinante en el caso presente, a los efectos de que ahora se trata, la circunstancia, que se pone de relieve en la resolución del mencionado Juzgado Central, de que el accidente del que deriva la reclamación de daños y perjuicios haya tenido lugar en una carretera cuya titularidad corresponde a una Comunidad Autónoma, pues, con independencia de la incidencia que el dato de la titularidad de la carretera pueda tener en la decisión del recurso contencioso-administrativo planteado, a los efectos de decisión de una cuestión de competencia, lo relevante es el acto administrativo impugnado, que, en el caso presente, como repetidamente se ha dicho, es una desestimación presunta imputable al Ministro de Fomento en materia de responsabilidad patrimonial.

b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo

a') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos contra la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio de Resolución del Director General de la Policía denegatoria de la petición de obtener una determinada plaza

La STS de 1 de diciembre de 2006, Ar. 375, resuelve una cuestión de competencia que se plantea entre la Sala de lo Contencioso-administrativo y un Juzgado Central del indicado orden jurisdiccional para conocer del recurso planteado frente a la desestimación presunta de una revisión de oficio solicitada en relación con unas determinadas resoluciones de la Dirección General de la Policía.

Sabido es que la jurisprudencia, ya en relación con el artículo 109 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativos, ha puesto de relieve los caracteres singulares, frente a los recursos administrativos ordinarios, de la acción de nulidad que derivaba del indicado precepto legal, acción hoy regulada en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, versión 1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha acción de nulidad sólo puede interponerse en los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la indicada Ley, singularidad que se acentúa si se repara en que la resolución de la revisión de oficio debe ir precedida de consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, salvo que se acuerde su inadmisión a trámite.

Por consiguiente, no pudiendo asimilarse la revisión de oficio a un recurso de alzada (aparecen regulados en capítulos distintos de la indicada Ley 30/1992), la cuestión de competencia que nos ocupa se resuelve haciendo abstracción de las resoluciones de la Dirección General de la Policía a las que antes se ha hecho referencia. Esto sentado, y como, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, son competentes los Secretarios de Estado para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables dictados por los órganos directivos de ellos dependientes, la competencia discutida, al estar ante materia de personal, corresponde al Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.a) LJCA.

b') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos contra Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario, actuado por delegación del INSALUD, por la que se adjudica un concurso de suministro

La STS de 8 de noviembre de 2006, Ar. 354, analiza un caso en el que se impugna una resolución, dictada en materia de contratación administrativa, que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, hay que atribuir al Director General del Instituto Nacional de la Salud (hoy Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, INGESA). Conforme al Real Decreto 1855/1979, de 30 de julio, sobre estructura y competencias del INSALUD, éste es una Entidad Gestora de la Seguridad Social para la administración y gestión de servicios sanitarios y el Organismo ejecutivo fundamental de la política para la asistencia médica y sanitaria y para la promoción de la salud, correspondiéndole el desarrollo de las funciones y actividades previstas en el expresado Real Decreto, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Sanidad. Y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, corresponde al Director General del Instituto Nacional de la Salud el ejercicio de las facultades atribuidas a los Directores Generales de las entidades gestoras de la Seguridad Social y, en general, la dirección y gestión ordinaria del referido Instituto.

Pues bien, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.c) LJCA, conforme al cual los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos que se deduzcan contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional. Y dado que, como se ha indicado, en el caso presente se está ante una resolución dictada, en materia de contratación administrativa, por el Director General del INSALUD, la resolución comentada resuelve la cuestión de competencia en el sentido de que corresponde al Juzgado Central en cuestión enjuiciar el recurso contencioso-administrativo de que se trata.

Se ha destacado que el supuesto que ahora se enjuicia no es análogo a los resueltos por esta Sala en relación con reclamaciones planteadas al INSALUD por deficiencias de la asistencia sanitaria prestada a beneficiarios de la Seguridad Social. En los casos derivados de las reclamaciones referidas, que dieron lugar a numerosas cuestiones de competencia, se planteaba el problema de si con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias a una Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, pudo producirse el juego del silencio administrativo negativo por haberse presentado la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial seis meses antes (artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993) del 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. En el supuesto que ahora se enjuicia se impugna una resolución expresa dictada con anterioridad a la fecha en que se produjo el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma de Madrid.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Preciso es tener, finalmente, en cuenta que conforme al artículo 20.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso autonómico, “los expedientes en tramitación correspondientes a los servicios o competencias que estén pendientes de resolución definitiva, antes de la fecha de efectividad de la transferencia, se entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión. No obstante, los recursos administrativos contra resoluciones de la Administración del Estado se tramitarán y resolverán por los órganos de ésta. Las consecuencias que, en su caso, resulten, serán de cuenta de quien hubiere adoptado la resolución definitiva”. Reiterada jurisprudencia viene identificando dicha resolución definitiva con la resolución expresada del expediente.

Pues bien, en el caso presente la resolución expresa del expediente en cuestión fue dictada por un órgano central del INSALUD antes del traspaso al que se viene aludiendo, siendo este dato determinante a los efectos de que ahora se trata, por lo que es, indiferente, a los referidos efectos, que el recurso contencioso-administrativo en cuestión se planteara ya producido el traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

c) Tribunales Superiores de Justicia

a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Resolución de Subdirector Provincial de Gestión Recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se inicia el procedimiento

La STS de 10 de enero de 2007, Ar. 324, resuelve una cuestión negativa de competencia planteada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y una Sala del indicado orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Subdirección Provincial de Gestión Recaudatoria de una Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la falta de reconocimiento del derecho a permanecer de forma ininterrumpida en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde su nombramiento estatutario de carácter eventual como personal sanitario de refuerzo.

Por más que la Tesorería General de la Seguridad Social tenga personalidad jurídica diferenciada y su competencia se extienda a todo el territorio nacional, no se puede desconocer que se trata de un ente dotado de órganos periféricos –Direcciones Provinciales y Administraciones y Unidades de Recaudación incluidas en las mismas– que tienen sus competencias recaudatorias territorialmente limitadas, lo que lleva a inclinarse decididamente por la aplicación, en este caso, al ser la cuantía del recurso indeterminada, del artículo 10.1.j) LJCA, ya que en definitiva el espíritu que anima a dicha norma, al igual que el artículo 8.3 de la misma Ley, obedece al propósito de establecer una correlación entre la competencia territorial del órgano administrativo autor del acto impugnado y la del órgano jurisdiccional llamado a su enjuiciamiento, interpretación finalista que corrobora el artículo 13 de la misma Ley, cuando al relacionar los criterios que deben tenerse en cuenta para aplicar las reglas de distribución de competencias contenidas en los artículos anteriores preceptúa –letra a)– que las referencias que se hacen a la Administración del

Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

b') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra desestimaciones presuntas de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Instituto Madrileño de la Salud y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria sobre reclamaciones de períodos de cotización en el régimen general de la Seguridad Social

La STS de 24 de enero de 2007, Ar. 641, analiza un supuesto en el que se impugnan las desestimaciones presuntas de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Instituto Madrileño de la Salud y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de las reclamaciones formuladas por la parte recurrente sobre los períodos de cotización computados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Se resuelve la cuestión de competencia señalando que por más que la Tesorería General de la Seguridad Social tenga personalidad jurídica diferenciada y su competencia se extienda a todo el territorio nacional, no se puede desconocer que se trata de un ente dotado de órganos periféricos –Direcciones Provinciales y Administraciones y Unidades de Recaudación incluidas en las mismas– que tienen sus competencias recaudatorias territorialmente limitadas, lo que lleva a inclinarse decididamente por la aplicación, en este caso, al ser la cuantía del recurso indeterminada, del artículo 10.1.j) de la LJCA, ya que en definitiva el espíritu que anima a dicha norma, al igual que el artículo 8.3 de la misma Ley, obedece al propósito de establecer una correlación entre la competencia territorial del órgano administrativo autor del acto impugnado y la del órgano jurisdiccional llamado a su enjuiciamiento, interpretación finalista que corrobora el artículo 13 de la misma Ley, cuando al relacionar los criterios que deben tenerse en cuenta para aplicar las reglas de distribución de competencias contenidas en los artículos anteriores preceptúa –letra a)– que las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas. Criterio basado en el ámbito territorial del órgano administrativo que resulta también de aplicación, por las mismas razones expuestas, cuando se impugna al propio tiempo la desestimación presunta del Instituto Madrileño de la Salud, cuya competencia territorial coincide con la Comunidad Autónoma. Y, en fin, la competencia para conocer de la desestimación presunta del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria debe ponerse en relación con la naturaleza de la impugnación deducida que se refiere a la materia de afiliación y a la fijación de los períodos de cotización fijados por los órganos de la Administración periférica.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Resolución del Director de una Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social, dictada por delegación del Director Provincial

La STS de 13 de noviembre de 2006, Ar. 358, resuelve la cuestión de competencia que se suscita entre un Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y la Sala de dicho

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

orden jurisdiccional (Sección Tercera) de un Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado contra la Resolución del Director de la Administración, actuando por delegación del Director Provincial, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desestimó la Reclamación Previa formulada por el recurrente contra la Resolución por la que se cursa su baja de oficio en el Régimen Especial Agrario por Cuenta Propia y el alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El Juzgado Central ha entendido que dicho asunto es de cuantía indeterminada mientras que la Sala sostiene que en asuntos como el de que ahora se trata, los actos administrativos que se dicten en principio no pueden ser evaluados y serían de cuantía indeterminada, pero ninguno de ellos puede tener virtualidad o razón de ser si no es en función de una actuación recaudatoria, de manera que, normalmente, cualquier resolución declaratoria de alta o baja de oficio va necesariamente seguida de una liquidación de cuotas.

La resolución comentada no considera que lo resuelto en la resolución recurrida derive de una gestión recaudatoria de la Seguridad Social que dé lugar a una liquidación de cuotas cuya cuantía sea determinante a los efectos de que ahora se trata. No aparece, pues, en el presente caso que la baja y alta del recurrente en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social a que antes se ha hecho referencia sean consecuencia de un acta de liquidación o infracción. Por tanto, al ser de cuantía indeterminada el proceso de que ahora se trata, entiende por aplicación de los artículos 8.3, párrafos 1º y 2º, 10.1.j) y 13.a) LJCA que la competencia litigiosa corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

B) Partes

a) Capacidad procesal: el artículo 138.1 LJCA impone el deber de subsanar o de combatir las alegaciones efectuadas

Según la STS de 31 de enero de 2007, Ar. 289, el artículo 138 LJCA diferencia con toda claridad el supuesto, previsto en su número 2, de que sea el propio órgano jurisdiccional el que, de oficio, aprecie la existencia de un defecto subsanable, en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación; de aquel otro, previsto en su número 1, en el que el defecto se alega por las partes en el curso del proceso, en cuyo caso la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Por tanto, no sólo no hay obstáculo, o trámite procesal hábil como se dice en el motivo, para subsanar un defecto que se alega de contrario, sino que, más bien, lo que el número 1 de aquel precepto impone es el deber de subsanar o de combatir la alegación dentro de ese plazo de diez días, con el efecto, si así no se hace, previsto en el número 3 del repetido artículo 138, consistente en que el recurso pueda ser decidido con fundamento en el defecto no subsanado. Y, además, porque una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 del artículo 138 no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes

de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE; lo que ocurriría si la alegación no fue clara, o si fue combatida, bien dentro del plazo de aquellos diez días, bien en cualquier otro momento posterior; pues si fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, surge una situación en la que, como una derivación más del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, es exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Fuera de esos supuestos, o de otros en que quepa percibir un riesgo de indefensión sin el previo requerimiento, éste no será exigible; siendo en esta línea en la que, como superación de una jurisprudencia vacilante e incluso contradictoria, se sitúa uno de los últimos pronunciamientos de la Sala Tercera, cual es el contenido en la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2005.

b) Legitimación

a') El particular tiene legitimación para recurrir un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial que acordó el archivo del procedimiento iniciado con una queja

A modo de síntesis, la jurisprudencia tiene declarado 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 los Jueces y Magistrados, pero no comprende que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador.

En aplicación de esta doctrina, la **STS de 18 de diciembre de 2006**, Ar. 526, ha admitido la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido por parte de ese magistrado una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones de dicho Consejo.

b') Las asociaciones de defensa de los derechos humanos tienen legitimación para impugnar disposiciones de carácter general relacionadas con esta materia

La **STS de 10 de noviembre de 2006**, Ar. 520, se hace eco de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2006 (STC 282/2006) que, después de proclamar la necesidad de que los órganos judiciales interpreten con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, ha señalado que procede otorgar legitimación activa a

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

una asociación que entre sus fines tiene por objeto velar por el respeto de los derechos humanos a efectos de impugnar una Disposición de carácter general, que aun cuando no tenía una relación directa con los derechos humanos, sin embargo los concretos motivos en que la recurrente fundaba su impugnación sí tenían una relación directa con sus fines, y en ese sentido el Tribunal Constitucional dice: “no cabe negar que para la asociación recurrente en atención a sus fines estatutarios no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida, razonamiento este que le lleva a apreciar su legitimación para recurrir”.

c') Los Sindicatos tienen legitimación para recurrir contra una Relación de Puestos de Trabajo

Sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo existe una consolidada doctrina constitucional oportunamente recordada por la **STS de 4 de diciembre de 2006**, Ar. 81, que comienza por subrayar que en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige en los casos relativos al derecho de acceso a los recursos. La legitimación procesal de un sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto aptitud para ser parte en un proceso concreto o *legitimatío ad causam*, ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico, interés que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico. Doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en 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. En lo que ahora más importa, se ha precisado igualmente que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado “función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores”. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado. Finalmente esta misma jurisprudencia constitucional señala que, en supuestos como el presente, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental, como es el derecho a la libertad sindical.

Pues bien, la sentencia recurrida en casación razona el vínculo entre el Sindicato recurrente y el objeto del recurso destacando que no se cuestiona aquí la creación de las plazas ni se trata de un acto por el que se resuelva su adjudicación a personas concretas. El acto impugnado es una modificación de una relación de puestos de trabajo y la impugnación no se formula por razones meramente organizativas –como podría suceder si se impugnase la decisión de crear determinadas plazas– sino por el interés del Sindicato en limitar el sistema de libre designación a los supuestos excepcionales a los que la Ley lo circunscribe. Por tanto, no se trata de un mero interés en la legalidad de la actuación

administrativa sino de un verdadero interés profesional encaminado a que la mayor parte de las plazas se cubran por el sistema de concurso de méritos por ser éste el sistema que mayor seguridad jurídica ofrece de que la adjudicación sea resuelta conforme a criterios reglados en las bases del concurso.

Para la resolución comentada es evidente el interés del Sindicato recurrente en la impugnación de una Relación de Puestos de Trabajo por el mero hecho de afectar a los trabajadores a los que representa, y ello incluso con independencia de su carácter organizativo pues este factor afectaría en su caso a que operase o no la necesidad de someterse a negociación colectiva pero no a la admisibilidad de su impugnación.

C) Objeto

a) Una Instrucción del Director General de la Inspección de Trabajo sobre reglas de devengo de complemento de productividad no es una disposición de carácter general

Según la STS de 12 de diciembre de 2006, Ar. 528, la Instrucción referida no presenta el carácter normativo propio de las disposiciones de carácter general que le abriría el acceso al recurso de casación conforme al artículo 86.3 LJCA. Ha de recordarse el contenido del artículo 21.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto dispone que “los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Y en este sentido, la jurisprudencia viene afirmando que las Circulares e Instrucciones constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de organización administrativa con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende sólo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ/PAC. En este segundo caso se tratará de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) Es impugnabile el inicio de un procedimiento sancionador y la propuesta a un Juez de Instrucción de ingreso en un centro de internamiento

La STS de 25 de enero de 2007, Ar. 603, analiza un supuesto en el que el acto administrativo impugnado es 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 hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en el acto recurrido “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la 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 de la interesada 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.

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 al interesado 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). En materia de urbanismo el Alto Tribunal ha llegado, ya de antiguo, a idéntica conclusión: la aprobación inicial de los planes urbanísticos es un acto de trámite y, por lo tanto, inimpugnabile; pero como esa aprobación va acompañada de suspensión de licencias, los afectados por ésta pueden impugnarla.

D) Pretensiones: el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa del órgano judicial

La STS de 2 de noviembre de 2006, Ar. 521, señala que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad constituye una facultad exclusiva de la Sala, como se infiere de la regulación contenida en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5.2, así como de la jurisprudencia que tiene declarado que el planteamiento de la cuestión de inconstitucional constituye una prerrogativa exclusiva y no revisable del órgano judicial, el cual, por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste, y que en el momento de aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona puede y debe realizar un examen previo de constitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito, y sólo en el caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo, y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido, ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; de todo lo cual se deduce la improcedencia en el ámbito jurisdiccional de plantear como una auténtica pretensión la exigencia del sometimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Sala al Tribunal Constitucional, puesto que con

ello olvida el recurrente que ese planteamiento constituye una exclusiva facultad de la Sala en los términos planteados, pero en modo alguno puede integrar una pretensión formulada ante la misma, como tal, en el suplico de la demanda por el actor.

E) Procedimiento

a) El plazo de interposición del recurso comienza cuando termina la publicación del Plan General de Ordenación Urbana en el Boletín Oficial correspondiente

Es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida, entre otras, en **STS de 28 de noviembre de 2006**, Ar. 8270, la que declara que, siendo la publicación oficial de la modificación o revisión de un Plan General el requisito ineludible para su eficacia, dicha publicación es el medio a través del cual ha de llegar al conocimiento de los interesados que resulten afectados por el planeamiento urbanístico, por lo que el plazo para deducir los pertinentes recursos debe computarse a partir de la fecha en que termine tal publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

a') La declaración de caducidad opera automáticamente y no puede rehabilitarse el plazo

Bajo la vigencia de la LJCA de 1956 ha constituido jurisprudencia consolidada que la falta de formulación de la demanda en plazo conlleva *ope legis* la caducidad del recurso contencioso administrativo, sin posibilidad de aplicación del mecanismo subsanador que, para otros trámites, establecía el artículo 121.1 de la citada LJCA. Así, las posibilidades rehabilitadoras del citado artículo no son aplicables al supuesto de la no presentación del escrito de demanda en tiempo oportuno, ya que ésta inicia el proceso. El instituto de la caducidad, a que se refiere el artículo 67.2 de la misma Ley, actúa *ope legis*. Su declaración es una actividad de mera constatación, al ser el plazo de formulación de la demanda un término improrrogable e insubsanable.

Según la **STS de 26 de junio de 2006**, Ar. 8310, lo afectado por la caducidad no es un trámite sino el propio recurso contencioso-administrativo que con dicha formalización adquiere única, real y legal existencia, razón por la que la declaración de caducidad del recurso contencioso-administrativo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 67.2 LJCA de 1956 no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Expediente administrativo: la declaración sobre el levantamiento de la confidencialidad de documentos efectuada por la Administración sólo puede acordarse a la vista de los escritos de demanda y de contestación

El hecho de que el artículo 48 LJCA únicamente prevea, como excepción a la entrega completa del expediente, la documentación clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, no supone que los órganos judiciales no puedan aplicar o tomar en consideración otras excepciones que resultan con claridad de lo dispuesto en normas diferentes.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

El Ordenamiento Jurídico ha otorgado una amplia y rigurosa protección a los secretos comerciales, que les ampara frente a revelaciones no consentidas por sus titulares. Tan es así que el Código Penal castiga dicha revelación como delito en su artículo 199, dando a esta categoría la máxima protección que el Ordenamiento dispensa. Obvio es que los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales a la propiedad (artículo 33 CE) y a la libertad de empresa (artículo 38 CE), singularmente dentro de este último, pues parece claro que del contenido esencial de ese derecho (artículo 53.1 CE) forma parte el derecho a crear y mantener empresas en un sistema de economía de mercado y la creación y mantenimiento de la actividad empresarial puede verse gravemente lastrada si los secretos comerciales quedan desprotegidos. De ahí que la salvaguardia de la información comercial confidencial adquiera un nivel reforzado de protección que despliega su operatividad sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico y concretamente sobre la tramitación de los procesos contencioso-administrativos, sin que esta conclusión quede obviada por el hecho de que la Ley Jurisdiccional 29/1998 no haya contemplado expresamente esta categoría.

Mal podrían considerarse protegidos esos secretos si se aceptase la tesis de que las declaraciones de confidencialidad acordadas por el SDC y por el TDC caducan (pierden vigencia, en expresión literal de su escrito) una vez que finalizado el expediente administrativo, éste entre en la vía jurisdiccional. Si así se admitiera, se produciría una consecuencia inaceptable, cual es que el mero dato de la interposición formal del recurso y la consiguiente reclamación y entrega del expediente servirían para un acceso ilimitado a la documentación protegida. En estas circunstancias, la salvaguardia de la documentación confidencial quedaría desprovista de cualquier utilidad práctica y eso no puede haber sido querido o aceptado por el legislador.

Como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, ningún derecho, ni aun los fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces, el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones, éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. Por eso no resulta decisivo defender, so pretexto de la fuerza expansiva del artículo 24 de la Constitución, una interpretación de las normas procesales que daría al traste con el cualificado sistema de protección que el Ordenamiento ha diseñado para una materia tan relevante como es el secreto comercial de las empresas. Ciertamente es que tampoco los límites de los derechos fundamentales son absolutos, por eso es necesario efectuar un juicio de ponderación casuístico a la hora de valorar si ha de prevalecer la protección del secreto comercial o éste ha de ceder ante el derecho de defensa. Juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar las razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. Es, en efecto, carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino también argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que

requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas.

Situados, pues, en esta perspectiva, el **ATS de 5 de octubre de 2006**, Ar. 8175, no considera motivación suficiente a efectos del levantamiento de la confidencialidad la mera alegación, huérfana de mayores consideraciones, de que el documento concernido figura en el expediente y fue valorado por la Administración autora del acto, ni es motivación suficiente la afirmación escueta de que ese documento resulta necesario para la articulación de la demanda, como tampoco puede justificarse tal pretensión en alegaciones genéricas de corte preventivo por las que se pretenda examinar globalmente determinados documentos únicamente para cerciorarse de su interés o intrascendencia. La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un *status* de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no sólo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica. Es precisamente la trascendencia social y económica de los datos que a través de esa declaración se protegen y su asentamiento en el juicio técnico de unos organismos que gozan formal y materialmente de reconocida autoridad científica en ámbitos tan intrincados y especializados, lo que determina que el levantamiento de esa confidencialidad no puede basarse sólo en afirmaciones de principio. Al contrario, frente al vacío argumental en que nos encontraríamos si admitiéramos como suficiente ese orden de afirmaciones, es la argumentación de quien reclama la entrega del material confidencial, su contraste con las razones esgrimidas por las partes enfrentadas, su proyección sobre los motivos que justificaron el otorgamiento de la protección y el contenido mismo del material así protegido, lo que permitirá a la Sala basar su decisión en algo más que planteamientos voluntaristas o apodícticos.

En definitiva, concluye la resolución comentada, el examen de la confidencialidad se despliega a través de tres momentos o fases sucesivas. Un primer momento que corresponde a los órganos técnicos de naturaleza administrativa a quienes se les encomienda la inicial decisión sobre la declaración de confidencialidad. Un segundo momento, ya en el curso del proceso, en que la confidencialidad aún vigente y operativa se pone a disposición del órgano jurisdiccional ante la eventualidad de que deba ceder por mor de la preponderancia del derecho de defensa, y una tercera fase en que corresponde a la parte interesada en el conocimiento de esa documentación justificar ante el Tribunal la procedencia de su entrega a fin de que la Sala adopte la decisión procedente. Fase esta última que, como

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

apuntaremos más adelante, puede tener lugar en la medida que el debate procesal haya alcanzado un nivel de desarrollo que nos permita formar un criterio sobre la cuestión asentado en bases más sólidas que las hasta ahora aportadas.

Las razones que los actores suministran en el trámite del artículo 55 LJCA (esto es, antes de evacuarse los escritos de demanda y contestación) se mueven siempre, en última instancia, en torno al argumento básico de que la información declarada confidencial fue valorada y tenida en cuenta por los organismos técnicos intervinientes en el curso del expediente y por el propio Consejo de Ministros en su resolución definitiva por lo que su conocimiento resulta necesario para el ejercicio del derecho de defensa; pero echa la Sala de menos en este momento aún inicial del proceso un aporte de datos más sólido y circunstanciado que permita formar una decisión tan trascendente como es la del alzamiento de la confidencialidad. Entiende así la Sala que, hallándonos en el caso que nos ocupa ante materias técnicamente complejas y delicadas, la decisión sobre el levantamiento de la confidencialidad en este proceso requiere de un sólido soporte argumental que no ha sido aportado y que quizás sólo puede adoptarse con plenitud de criterio una vez evacuados los escritos procesales de demanda y contestación, pues será a través de su examen y valoración cuando se podrá apreciar hasta qué punto el acceso singularizado a cada uno de los documentos declarados confidenciales resulta necesario para la articulación y acreditación de un razonamiento impugnatorio frente a la resolución administrativa que constituye el objeto litigioso. Por consiguiente, aun cuando en este trámite del artículo 55 LJCA no aprecia la Sala razones para la entrega de la documentación confidencial que los actores reclaman, menos aún con el carácter genérico y global con que lo hacen, se reserva un juicio definitivo sobre la cuestión una vez consumado el trámite de demanda y contestación. A estos efectos, el momento procesal oportuno será probablemente el período de prueba, en la medida que los actores razonen en su demanda la necesidad de acreditar puntos de hecho cuya efectiva valoración y contraste requieran necesariamente del acceso a concretos documentos declarados confidenciales, pues si así efectivamente se razona, se podrá acordar que en el ramo de prueba correspondiente se levante la confidencialidad de esos documentos y se pongan a disposición de las partes para su examen y posterior argumentación en torno a los mismos.

c) Prueba

a') Deben expresarse los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba

La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que la concreción de los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba implica el reconocimiento de que el derecho a la prueba pertinente para la defensa no es un derecho a una indiscriminada utilización de la prueba, sino sólo aquella que tenga relación con los hechos objeto del proceso y que pueda tener relevancia para la decisión del mismo y para examinar la concurrencia de tales exigencias y poder decidir sobre la procedencia del recibimiento cuestionado, es imprescindible que la parte, como ya exigía el derogado artículo 74.2 de la LJCA de 1956 y recuerda el artículo 60.1 de la LJCA de 1998, exprese los puntos de hecho sobre los que habría de versar la prueba cuyo recibimiento se solicita.

En consecuencia, el **ATS de 25 de septiembre de 2006**, Ar. 8290, entiende que no se cumple esa exigencia legal con la utilización de expresiones genéricas tales como “se solicita el recibimiento a prueba en relación con todos los extremos de la demanda”. Y añade que la STC 140/2000 no sienta una doctrina general contraria a la aplicación del artículo 60.1 de la LJCA, sino que se limita a llegar a la conclusión de que, en el caso concreto al que la misma se refiere, los puntos de hecho sobre los que debía versar la prueba resultaban del cuerpo del escrito de demanda y se trataba además de un caso en el que existía un único hecho controvertido, máxime cuando la jurisprudencia constitucional y del Supremo han subrayado las perspectivas esenciales en materia de recibimiento del proceso a prueba, en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, al destacar la intervención de la jurisdicción ordinaria para delimitar la relevancia y pertinencia de la prueba propuesta y su incidencia en el proceso, al objeto de no causar indefensión.

b') La falta de expresión de los hechos sobre los que versará la prueba puede subsanarse en el recurso de súplica contra el auto que la deniega

La jurisprudencia tiene reiteradamente dicho que la falta de especificación de los puntos de hecho sobre los que se interesa el recibimiento a prueba del litigio, en contra de lo dispuesto en el artículo 60 LJCA puede ser subsanada con ocasión de la súplica contra el Auto denegatorio de dicho recibimiento y así, en el **ATS de 5 de octubre de 2006**, Ar. 8175, se reitera que “es posible subsanar ese defecto inicial (la no plasmación de los puntos de hecho sobre los que la prueba ha de versar) a través de la interposición del recurso de súplica y la expresión ordenada en el cuerpo del mismo de esos puntos de hecho que se habían echado en falta, por estricta aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva y con el fin de evitar cualquier indefensión del recurrente”.

d) En aplicación del artículo 74.7 LJCA debe acreditarse de forma indubitada la existencia de actos de la Administración favorables al reconocimiento de las pretensiones del demandante

El artículo 74.7 LJCA dispone que “cuando se hubiera desistido del recurso porque la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, y después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el actor podrá pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio”. Para que pueda aplicarse el citado artículo 74.7 LJCA es preciso el doble requisito de que la Administración haya, primero, reconocido en vía administrativa total o parcialmente las pretensiones del demandante induciéndole con ello al desistimiento y, más tarde, revocado su decisión anterior.

Según la **STS de 12 de diciembre de 2006**, Ar. 116, no cabe estimar que la Sala de instancia haya incurrido en error jurídico al declarar que no procede acordar la continuación del procedimiento en aplicación del citado artículo por haberse dictado Auto declarando terminado el procedimiento y haberse ordenado el archivo de las actuaciones, acogiendo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

el desistimiento del recurso solicitado por la parte recurrente, con base en la apreciación de que no cabe interpretar que unas determinadas manifestaciones en apoyo de los empresarios pronunciadas por el Vicepresidente de la Comunidad Autónoma puedan constituir una declaración de voluntad de la Administración y engarzarse en la noción de acto administrativo, cuyo contenido sea el de reconocer el derecho de la empresa actora a las ayudas de inversión empresarial solicitadas, que habían sido denegadas por resolución expresa de la Consejería de Industria y Trabajo, y que habían motivado la interposición del recurso contencioso-administrativo. La parte debe acreditar de forma indubitada que hayan existido actos de la Administración demandada favorables al reconocimiento, total o parcial, de las pretensiones de la recurrente y, *a fortiori*, actos ulteriores de signo contrario a dicha supuesta satisfacción extraprocesal. Resulta evidente que no cabe considerar que se deduzca de las pruebas aportadas que se haya producido un compromiso de la Administración a conceder la ayuda a la inversión empresarial solicitada, previamente denegada, deducible de las manifestaciones de una autoridad de la Comunidad Autónoma.

e) Sentencias: la motivación de las sentencias no tiene una extensión mínima exigible

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han señalado en innumerables resoluciones, ahora recordadas por la STS de 18 de octubre de 2006, Ar. 8308, que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.2 CE, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*.

F) Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona: la instalación de una planta depuradora no vulnera derechos fundamentales

Según la STS de 27 de julio de 1989, Ar. 8413, el artículo 18.2 de la Constitución ciertamente considera inviolable el domicilio, sin que pueda entrarse en el mismo, a no ser con el consentimiento del titular o resolución judicial, pero en modo alguno puede entenderse conculcada aquella inviolabilidad por el hecho de la instalación de la planta de depuración de los residuos de las industrias del curtido, en lugar próximo al domicilio de la recurrente, pues la realidad es que ni ha concurrido la entrada prohibida por la Constitución, ni se ha producido invasión sin penetración directa, habiendo en todo caso quedado inmune el domicilio, aunque existan molestias. El derecho a la integridad física y moral y la prescripción de torturas, tratos inhumanos o degradantes, uno y otra proclamados en el artículo 15 CE tampoco pueden ser considerados violados por la actividad municipal, por cuanto al margen de que en el precepto subyace un contenido distinto al que se defiende, es de observar cómo las molestias o, según expresa la sentencia apelada, el deterioro de la calidad de vida de los residentes en la zona, no mediatiza o atenta contra aquel derecho fundamental, máxime cuando no existe ni trato degradante, ni riesgo grave para la salud. En idéntico sentido se pronuncia en relación con la vulneración del artículo 17 que consagra el derecho a la libertad y seguridad, ya que resulta evidente

cómo el mencionado precepto contempla situaciones distintas de las que hoy son objeto de nuestra consideración y finalmente tampoco cabe sostener con éxito la violación del derecho a elegir libremente residencia, toda vez que no existe compulsión de clase alguna para el cambio de domicilio.

La manifiesta inconsistencia de la pretensión deducida basada en la conculcación de derechos fundamentales, que se desprende de cuanto hemos relatado en el párrafo anterior, revela cómo en el fondo del asunto laten temas de ilegalidad ordinaria, incluso suscitados por la propia recurrente al aducir la situación ilegal de la planta, y cómo ni tal situación, ni las molestias que pueda causar la depuradora, son reconducibles al proceso especial elegido para la impugnación de la actividad municipal, es por lo que no cabe el enjuiciamiento de tales temas.

G) Extensión de efectos de la sentencia: en la LJCA de 1956 no existía el instituto de la extensión de efectos de la sentencia

La STS de 12 de diciembre de 2006, Ar. 122, reitera la doctrina que señala que sólo la aplicabilidad de la LJCA de 1998 permite la extensión subjetiva de los efectos de una sentencia, al no encontrarse prevista esta institución en la Ley de 27 de diciembre de 1956. La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1998 (Ejecución de sentencias) establece que “la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”. Dos son, pues, los supuestos que contempla la disposición, desde una perspectiva temporal. El primer supuesto de hecho posible es el que se contempla en la primera parte de la Disposición Transitoria en cuestión —ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de la Ley 29/1998—. La ejecución de ellas se llevará a cabo según lo dispuesto en la Ley 29/1998.

El segundo supuesto de hecho, que es el que contempla el párrafo segundo de la regla transitoria, se refiere a la ejecución de las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (que entró en vigor el 14 de diciembre de 1998). Pues bien, a las situaciones creadas bajo la Ley derogada se les aplicará la regulación anterior a la Ley 29/1998. Sólo cuando se trate de sentencias firmes que en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1998 estén en proceso de ejecución se aplicará la nueva regulación “en lo pendiente” de ejecución.

En el artículo 72.3 se contempla una situación posterior a la entrada en vigor de la ley vigente, sin que se contenga previsión alguna respecto a las situaciones anteriores. Contrariamente, la previsión genérica de la Disposición Transitoria Segunda reconoce que la sustanciación de los recursos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se continuará conforme a las normas precedentes, no ofreciendo duda, y a falta de una regulación más explícita, que la ejecución de sentencia forma parte del “recurso contencioso”.

H) Medidas cautelares: alcance limitado del criterio de la apariencia de buen derecho

La STS de 31 de octubre de 2006, Ar. 480, insiste en la imposibilidad de prejuzgar, en el ámbito de las medidas cautelares, el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. El incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal.

La citada doctrina, ha constituido una aportación jurisprudencial al sistema cautelar, de la que debe dejarse constancia, en el sentido de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

Y, por lo que hace referencia a la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) es cierto que tal doctrina “supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. Sin embargo la LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la vigente LEC de 2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta –ATS de 14 de abril de 1997– de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la

Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”.

La citada doctrina, pues, permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto

a) Sólo es admisible el recurso de casación en caso de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general si el Tribunal de instancia tiene competencia objetiva para anular la norma indirectamente impugnada

Según el ATS de 5 de octubre de 2006, Ar. 489, el artículo 86.3 LJCA de 1998 ha introducido un importante cambio en el régimen de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación, cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general (artículo 93.3 de la Ley anterior), ahora lo son únicamente cuando la sentencia, sea de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, declara nula o conforme a Derecho la disposición general, indirectamente cuestionada –artículo 86.3 de la vigente Ley, aplicable también a los recursos directos–, declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 de la Ley de 1998), sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, la Audiencia Nacional, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate (artículo 27.1), lo que revela que la modificación normativa llevada a cabo en el tratamiento procesal de los recursos indirectos contra disposiciones generales por la Ley de esta Jurisdicción de 1998, en lo que al recurso de casación se refiere [distinta es, en cambio, la solución que adopta el artículo 81.2.d) respecto al recurso de apelación], lejos de ser de matiz, es sustancial.

Por tanto, la apertura del recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de normas reglamentarias está sujeta al régimen general establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 86 y no al especial de su apartado 3, a salvo lo que se ha dicho antes para el supuesto de que confluya en el órgano jurisdiccional –Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia– la doble competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo contra la disposición general cuestionada, mas no cuando el Tribunal carece

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de competencia objetiva para anularla, toda vez que, tratándose de una disposición de carácter general emanada del Consejo de Ministros, su enjuiciamiento directo siempre ha estado reservado, y sigue estándolo, al Tribunal Supremo ex artículo 12.1.a) LJCA.

b) No se puede recurrir en casación el auto que determina la indemnización sustitutoria por imposibilidad de ejecución de sentencia

Las SSTs de 27 de junio de 2006, Ar. 8478 y de 28 de junio de 2006, Ar. 8477, repiten que los únicos motivos que cabe aducir en casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia son los contemplados en el propio precepto que permite interponer dicho recurso, es decir, los que ahora se incluyen en el apartado c) del artículo 87.1 de la LJCA de 1998, o sea, cuando el auto recurrido resuelve cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia que se ejecuta o cuando contradice los términos del fallo de ésta. Mientras que en los demás recursos de casación se confrontan las actuaciones procesales, la sentencia o el auto con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional o definitiva de sentencias la comparación se ha de efectuar entre lo ordenado para su ejecución y la parte dispositiva de la sentencia que se ejecuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución, distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse atípico este recurso de casación en ejecución de sentencia.

Ya se salió al paso de una interpretación incorrecta de la expresión “cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia”, que pudiera ampliar indebidamente el recurso de casación frente a todos los autos que resolviesen una cuestión no tratada o examinada en la sentencia, como es la indemnización de daños y perjuicios acordada en sustitución de la ejecución *in natura* de la sentencia. Se aclaró que hay que distinguir las cuestiones sustantivas, distintas, colaterales o anejas a la cuestión planteada en el pleito y decidida en la sentencia, de las que surjan con motivo u ocasión de la ejecución, las que forman parte de ésta, como sucede con la indemnización que sustituye a la ejecución en sus propios términos, y que por ello no deja de ser ejecución de la sentencia.

c) Pierde su objeto el recurso de casación contra el auto de medidas cautelares cuando se dicta sentencia en los autos principales

La STS de 1 de diciembre de 2006, Ar. 71, infiere que el objeto del recurso de casación interpuesto se ha extinguido, puesto que recaída en la instancia sentencia firme, no puede ya discutirse en vía cautelar la ejecución del acto dictado por la Administración, procediendo, en su caso, únicamente, la ejecución de la sentencia o su suspensión, con arreglo al artículo 91 LJCA. La suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda circunstancialmente recaer, por lo que, dictada ésta, como aquí ha ocurrido, es claro que el recurso carece de objeto. En los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste, sino ante la ejecución de una sentencia recu-

rible en casación, de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme, o si ésta no lo fuese, por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada. En coherencia con semejante doctrina, la Sala viene declarando que el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme.

B) Motivos: la inadecuación del procedimiento se debe referir a la actuación del Tribunal *a quo*, no a la de la Administración

La STS de 23 de junio de 2006, Ar. 8311, analiza un recurso de casación en el que se formaliza un motivo por inadecuación del procedimiento, pero se trata del procedimiento seguido por los propietarios de las parcelas urbanas para impedir que se celebre la subasta. Ello se desvía de la finalidad del recurso de casación, pues en éste se está siempre impugnando la Sentencia recurrida y no las actuaciones en vía administrativa, por lo que en su caso la inadecuación del procedimiento ha de referirse al seguido en las actuaciones procesales por el Tribunal *a quo*, y no al que hayan instado las partes ante la Administración para satisfacer sus intereses.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia tras la entrada en vigor de la LO 19/2003 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a las modificaciones efectuadas por esta norma en la LJCA de 1998, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, no son susceptibles de recurso de casación

El ATS de 24 de julio de 2006, Ar. 8207, resuelve la cuestión del tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a las modificaciones efectuadas por la misma, en la Ley Jurisdiccional 29/1998, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Pues bien, dichas resoluciones no son susceptibles de recurso de casación, ex artículos 8.1 y 86.1 y Disposición Transitoria Tercera de la LJCA y Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

La reforma operada en la LJCA por la Ley Orgánica 19/2003 viene a cumplir con un doble objetivo: primero, corregir las disfunciones observadas en la aplicación del régimen transitorio que se contiene en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la LJCA de 1998; y, segundo, llevar a cabo una ampliación –ya anunciada por

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

el propio legislador ordinario— del contenido de la repetida norma legal, en cuanto a las competencias atribuidas por la misma a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, una vez transcurrido un período de tiempo suficiente en el cual se ha podido constatar el resultado de la experiencia y la consecución de los fines para los que, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, tales órganos unipersonales fueron implantados. Así, en relación con la primera cuestión mencionada, debe recordarse que el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1998 preceptúa que los procesos que, al tiempo de su entrada en vigor, estuvieran pendientes ante las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y cuya competencia correspondiera, conforme a la citada norma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo “continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión”. Fue el término “conclusión” —referido propiamente al momento en que se pone fin a la mera tramitación del proceso, pasando el mismo a la fase de terminación o resolución— utilizado por el legislador ordinario el que suscitó diversas interpretaciones provocando —así consta por notoriedad— importantes disfunciones en la aplicación (que debía ser necesariamente uniforme) del mencionado régimen transitorio; y así, mientras algunos Tribunales Superiores de Justicia entendieron que los procesos ante ellos pendientes, pero relativos, según la nueva Ley, a materias de la competencia de los nuevos órganos unipersonales, debían ser resueltos mediante Sentencias de sus Salas de lo Contencioso-administrativo, otros, en cambio, consideraron que la tramitación ante dichas Salas debía terminar en el mismo instante en que los recursos contencioso-administrativos quedaran concluidos para Sentencia, resolución que debía ser dictada por el correspondiente Juzgado, al que, a tal efecto, remitían las actuaciones.

Como se ha dicho, la Ley Orgánica 19/2003 pone fin a las dudas interpretativas suscitadas en relación con el régimen transitorio a aplicar respecto de los procesos que, en tramitación ante los Tribunales Superiores de Justicia, versen sobre materias que sean ahora competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo; y así, el apartado primero de la Disposición Transitoria Décima de la referida Ley Orgánica ordena que dichos procesos continúen tramitándose por los mismos “hasta su finalización”, lo que lleva en este momento a poder establecer que, no produciéndose la terminación del procedimiento por cualquier otro modo anticipado (desistimiento, allanamiento, renuncia), las Sentencias que pongan fin a esos recursos habrán de ser dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados que estén conociendo de los mismos y no por los unipersonales a los que, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica, correspondiera conocer de ellos por razón de la materia.

Es cierto que la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no contiene una previsión similar a la que se contempla en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, aplicable al recurso de casación. Sin embargo, no lo es menos que tal omisión no es óbice para que la lógica, la coherencia del sistema y la necesaria unificación del tratamiento procesal a efectos del acceso al recurso de casación impongan la aplicación de la interpretación dada al mencionado apartado por la Sala, para la inadmisión de los recursos de casación formulados contra Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos ante ellos tramitados, y que, tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, primero, y de la

Ley Orgánica 19/2003, por ampliación de la mencionada en primer lugar, después, son de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Como se expuso más arriba, el legislador orgánico no ha hecho otra cosa en su reforma de 2003 sino ampliar las competencias de los órganos unipersonales de este orden jurisdiccional y corregir las disfunciones derivadas del uso en el texto legal de un término (“conclusión”) que daba lugar a interpretaciones diversas que, sin embargo, debían ser uniformes ante los mismos supuestos de hecho. Para ello, ha incluido una Disposición Transitoria, la Décima –única en relación con la reforma introducida en la Ley Jurisdiccional de 1998–, cuya finalidad (así se desprende no sólo de su contenido sino, más aun, de la literalidad de su encabezamiento “Régimen transitorio de los procesos pendientes en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”, es la de poner fin a las dudas interpretativas surgidas en la aplicación del régimen establecido en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1998 –cuestión que ya ha sido tratada–. No ha creído necesario el legislador orgánico, dada la ausencia de una disposición *ad hoc*, regular el régimen de acceso al recurso de casación de las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en las materias a que se refiere el modificado artículo 8 de la Ley Jurisdiccional, sin duda porque ese régimen ya existe en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1998 (a la vista de los términos literales en que aparece redactado el encabezamiento de dicha Disposición: “Asuntos de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo” que permiten pueda ser aplicada a todos los relacionados en el artículo 8, ya sea en su redacción originaria o en la vigente, tras la ampliación de su contenido llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003), dando con ello, además, carta de naturaleza a la interpretación que, de dicho apartado, ha venido haciendo el Alto Tribunal y que sustenta la decisión de inadmisión que se va a adoptar en el asunto que ahora nos ocupa.

En conclusión, la solución generalizadora que se ha expuesto se infiere, pues, de la interpretación finalista de la regulación legal referible inmediatamente a la cuestión suscitada, realizada considerando en su conjunto la regulación que se contiene en la Ley Jurisdiccional de 1998 (en su redacción originaria y tras la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003) sobre las materias afectadas –competencia de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, así como régimen de los recursos de casación– y que permite, contemplando en términos de totalidad el recurso de casación, limitar los asuntos que pueden acceder al mismo. El propio legislador ordinario, si se observa el apartado VI, núm. 2, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LJCA 1998, lo hace así posible cuando expresa la justificación de las reformas que introduce respecto de la anterior regulación legal –en cuanto al régimen de acceso a la casación–, queriendo con ellas evitar no sólo que se agrave progresivamente la carga que, respecto a este tipo de recursos pesa sobre el Alto Tribunal, sino, más aún, que se ponga en riesgo inmediato el derecho a la justicia efectiva, y articulando esas reformas como una medida necesaria para que este Supremo Órgano Judicial, pueda atender, según dice la Exposición de Motivos “a su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial”.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

B) En el recurso de casación para la unificación de doctrina debe estarse a la declaración de hechos probados por la sentencia recurrida

La STS de 21 de junio de 2006, Ar. 8314, nos recuerda que al regirse el recurso de casación para unificación de doctrina, salvo sus especialidades, por las mismas reglas que el recurso de casación tipo u ordinario, debemos estar a la declaración sobre los hechos que realiza la Sentencia impugnada.

4. RECURSO DE REVISIÓN

A) La interposición del recurso dentro de plazo se acredita con la presentación de copia del documento con el sello de Correos y certificado de la oficina de la misma fecha dirigido al órgano administrativo

Según reiterada jurisprudencia los requisitos de los apartados 3 y 5 del artículo 66 LPA que establecían la necesidad, para que surtiera efectos la presentación en la fecha en que se realizaba en las Oficinas de Correos, que ésta se hiciera en sobre abierto, para ser fechado y sellado por el funcionario de Correos antes de ser certificado, deben ser matizados, puesto que cabría prescindir de su estricto cumplimiento cuando se podían entender razonablemente cumplidas las finalidades que trataban de garantizar, esto es, además de la certeza de la fecha de presentación, la identidad o identificación de los escritos presentados en las Oficinas de Correos que se dirigen a una determinada Dependencia Administrativa.

La anterior jurisprudencia es enteramente aplicable al caso resuelto por la STS de 13 de junio de 2006, Ar. 8280, porque la finalidad de dar certeza al momento de presentación, se ha cumplido desde el momento en que consta que el escrito se presentó en dicha Oficina dentro del término previsto para la interposición del recurso, y que este escrito se corresponde en su literalidad con el que consta en el expediente aunque tenga fecha de entrada en el Registro General del órgano administrativo receptor en una fecha posterior. No parece lógico que en casos en que hay constancia indubitada de que se ha presentado un escrito dentro de plazo, se declare extemporáneo por un simple error o por omisión del funcionario de correos. El criterio antiformalista que debe inspirar el procedimiento administrativo admite esta solución más acorde con la realidad, cuando no hay duda de unos hechos, y no se impide conseguir la finalidad de la norma ni se produce indefensión. Esta solución, en lo referente al presente caso, está avalada por el artículo 205.3 del Reglamento de Correos, en la redacción operada mediante el Real Decreto 2655/1985, de 27 de diciembre, en el que se expresa que “el remitente también podrá exigir la estampación del sello de fechas por el empleado, a cuyo efecto deberá aportar fotocopia u otro tipo de reproducción fotográfica del documento principal, como forma de recibo que acredite la presentación del mismo ante el órgano administrativo”.

B) Los motivos del recurso de revisión deben ser interpretados de forma restrictiva

Es doctrina jurisprudencial recordada por la STS de 18 de octubre de 2006, Ar. 8306, que el recurso de revisión es un recurso extraordinario no sólo por su motivación estricta

y tasada y por proceder contra sentencias firmes con el propósito de obtener la rescisión de una que haya causado efectos de cosa juzgada, sino por la propia —excepcionalidad— de los motivos mismos de revisión, según resulta de la literalidad de los que consigna el artículo 102.1 de la vigente LJCA, que en este punto recoge, prácticamente a la letra, la misma enunciación del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 conforme también ha hecho el artículo 510 de la vigente —Ley 1/2000, de 7 de enero—. De ahí, precisamente, la necesidad de interpretación estricta, de proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos por los que procede, de imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, no sólo la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, sino también de suplir omisiones o insuficiencia de prueba en que hubiera podido incurrirse en la instancia jurisdiccional.

FERNANDO JOSÉ ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. EMBID IRUJO (dir.)

Diccionario de Derecho de Aguas

[Iustel, Madrid, 2007, 984 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Recientemente ha visto la luz una interesante obra colectiva sobre un tema de máxima actualidad y de cierta polémica como es el Derecho de Aguas, en la que han participado 49 autores, y dirigida por el Profesor EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y gran experto en la materia.

La obra se presenta como un Diccionario, aunque bien podría considerarse un auténtico Tratado sobre el Derecho de Aguas, en el que pueden encontrarse de forma precisa y clara el significado de las principales instituciones en la materia, sin olvidar la regulación de la Administración hidráulica en las distintas Comunidades Autónomas.

Para ello su director ha contado principalmente con profesores universitarios, pero también con gestores y funcionarios de las distintas Administraciones hídricas, todos ellos bien conocedores del Derecho de Aguas y cuya experiencia sin duda ha contribuido a enriquecer esta obra.

Las voces que pueden consultarse comprenden un gran espectro que va desde las cuestiones referentes a la Administración, planificación, usos de las aguas, caudal ecológico, delito ecológico, saneamiento, régimen sancionador, régimen económico-financiero, dominio público hidráulico, etc., hasta

el Derecho de Aguas no sólo de nuestro sistema sino también del Comunitario e incluso del Internacional.

Por todo ello se trata de una obra de referencia tanto para administrativistas como usuarios y para la Administración, y que aborda un tema que a todos los ciudadanos interesa y preocupa y como era de esperar con un rigor científico impecable y propio del director y de los autores de este Diccionario, por lo que con toda seguridad se convertirá en una obra de referencia en la materia y de obligada consulta para todos aquellos que quieran aproximarse al estudio del régimen jurídico del agua.

O. BOUAZZA ARIÑO

(Prólogo del profesor L. Martín-Retortillo Baquer)

Ordenación del territorio y turismo (Un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio)

[Atelier, Barcelona, 2006, 360 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este trabajo arranca de la tesis doctoral defendida por el autor en la Universidad Complutense de Madrid y dirigida por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien en el prólogo a esta monografía ya advierte certeramente de la doble vertiente del turismo: la lúdica, el ciudadano turista, y de otro lado cómo el Estado a través de diversos instrumentos jurídicos y de un adecuado planeamiento ha de ofrecer en materia de turismo la garantía oportuna para que el ciudadano turista pueda alcanzar la fruición deseada.

Como ya advierte el autor en la introducción de este libro, el turismo no sólo significa crecimiento económico sino que también implica alteraciones en el territorio, de ahí la conexión de ambos elementos y la necesidad de que la ordenación turística se haga en el seno del conjunto de actividades que se desarrollan en un determinado ámbito territorial.

Comienza este brillante trabajo con algo muy interesante, el origen de los conceptos básicos a tratar: ordenación del territorio y turismo y turista, pues como bien advierte el profesor Lorenzo MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER en su prólogo no es inhabitual que se produzca una apropiación inadecuada de las palabras derivando en el empleo de las mismas con un significado diferente al original.

Así, explica el autor que el vocablo “turismo” proviene de la palabra inglesa *tourism* que arraigó en Gran Bretaña de la palabra *tour* con el sentido de gira, paseo, excursión; y pone de manifiesto su evolución hasta nuestros días, destacando, por ejemplo, la introducción que la Organización Mundial del Turismo hace respecto de la inclusión de los viajes por trabajo, que se aleja del inicial sentido.

Una vez fijados los conceptos, pasa el autor a ofrecer también una evolución histórica del desarrollo turístico, desde la Edad Antigua hasta nuestros días, por lo que este estudio no sólo ofrece un análisis jurídico del tema de relevancia sino también un paseo histórico de gran interés.

Todo ello conforma el primer capítulo de esta obra que junto con el estudio del turismo en el marco de una ordenación territorial integrada, es decir, el engranaje de ambos elementos, con especial dedicación a los instrumentos internacionales y el Derecho Comunitario, integran la primera parte de este libro dedicada a las bases conceptuales, históricas, internacionales y comunitarias.

La segunda parte está dedicada a las bases constitucionales y al Derecho autonómico, que incluye tres

capítulos, del tercero al sexto, en los que se estudian la configuración constitucional de la ordenación territorial y sectorial del turismo; la ordenación del territorio y turismo en la España autonómica, con especial dedicación a los principios que rigen la planificación turística, como el de desarrollo sostenible, cohesión territorial, unidad básica de la ordenación del territorio, integración de la educación ambiental en el Derecho del turismo, cooperación constitucional, participación ciudadana, concepto de calidad, desestatalización y diversificación, internalización de los costes, prevención, precaución o cautela; los planes autonómicos de turismo y sus conexiones con la ordenación del territorio, y finalmente el ejemplo paradigmático de la planificación turística balear, destacando la llamada Ley de Cupos y el impuesto sobre estancias en empresas turísticas de alojamiento.

La tercera y última parte de esta obra se refiere a los aspectos jurídico-administrativos complementarios de la planificación turística y, en concreto, a la evaluación ambiental y la participación ciudadana, dedicando a ellas, respectivamente, los capítulos VI y VII.

Finalmente, concluye esta monografía con una interesante recapitulación final de la que cabe extraer en primer lugar la premisa de la que parte el autor y que le lleva al análisis de cuantos elementos ya se han mencionado: “un desarrollo equilibrado en el que se encuentran amigablemente lo económico, lo ecológico, lo cultural y lo social, debe partir de una planificación territorial integrada”, premisa que parece impecable y que de hecho hace que esta obra ofrezca una perspectiva global del tema y un enfoque adecuado del mismo. Y desde esta impecable premisa se analiza detallada y minuciosamente si la misma se cumple en el sector del turismo.

Y como en muchos otros ámbitos comprueba el autor que la regla general en la materia es la existencia de una tendencia a la sectorialización y que son muchos y diversos los instrumentos de planificación que inciden en esta cuestión, haciendo que muchas veces

tal colisión o superposición de normas las hagan ineficaces impidiendo llegar al objetivo a perseguir: el desarrollo sostenible, en este caso, del turismo.

No obstante, en este libro no se expone solamente el problema sino que se proponen soluciones al mismo, que es lo que toda buena tesis por definición ha de hacer, y halla su respuesta en el artículo 131 de la CE, con base al cual y con toda la lógica, propone que se llegue a un gran acuerdo entre los diferentes actores presentes y crear un órgano estatal de carácter mixto integrado por expertos en la materia y en el que participen los citados actores, dicho órgano se encargaría del examen de la Ley prevista en el mencionado precepto constitucional y encajando por tanto en el párrafo segundo del mismo.

De este modo, se elaboraría un Plan previo, fruto de la colaboración y que estableciera las líneas básicas a seguir por las Comunidades Autónomas que desarrollarían sus competencias mediante el examen integrado de los usos del suelo, logrando con ello el equilibrio necesario y el desarrollo sostenible ansiado. Siendo los planes y programas conjuntos del artículo 7 de la Ley 30/1992 un instrumento muy útil a efectos de lograr una planificación adecuada y evitar solapamientos.

Sin duda este trabajo es muestra del riguroso estudio realizado por su autor, tanto desde la perspectiva jurídica como histórica, lo cual es importante, pues sólo conociendo los orígenes y el contexto de las figuras jurídicas puede comprenderse su evolución y estado actual, en relación a un tema lleno de interés pero también necesitado de nuevos planteamientos, como los que se ofrecen en esta monografía, siguiendo además una lógica impecable, que le lleva de nuevo a la premisa de la que se parte, sólo una visión y un tratamiento integrado puede ofrecer una adecuada ordenación turística y un desarrollo adecuado del mismo.

M.M. CUYÁS PALAZÓN

(Prólogo del profesor Joan M. Trayter Jiménez)

Urbanismo ambiental y evaluación estratégica

[Atelier, Barcelona, 2007]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este trabajo, que encuentra su origen en la tesis defendida por la autora en la Universitat de Girona, y como bien advierte el profesor TRAYTER en su prólogo, une la doble visión, teórica y práctica, que un tema tan de actualidad y relevancia como éste precisa, y que es plasmación de la formación y dedicación de su autora, que compagina la vida universitaria con el ejercicio profesional.

Como bien señala también el citado prologuista la protección ambiental se encuentra en el urbanismo, y es que si algo se ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos, tanto en la realidad práctica como en diversas normas, es la vinculación inevitable entre el urbanismo y el medio ambiente, o, si se prefiere, la evidente incidencia del urbanismo en el medio ambiente, que entre otras medidas ha llevado a la denominada “Evaluación estratégica de Planes y Programas”, recogida en la Ley 9/2006, de 28 de abril.

Sin embargo, la autora de esta monografía no se limita al estudio de esta norma, sino que divide su trabajo en siete capítulos a lo largo de los cuales va evidenciando las implicaciones e imbricaciones del urbanismo-medio ambiente, para pasar al estudio de esta cuestión en el Derecho Comunitario y finalmente en el sistema español, con especial referencia a la Ley mencionada.

De este modo, en el capítulo I se estudia el suelo como recurso ambiental, y cómo ello se ha reflejado en nuestro ordenamiento pero especialmente en la Unión Europea. Pasa en el capítulo II a tratar una serie de principios hoy imprescindibles en la materia como son el de integración y sostenibilidad, entendiendo que el primero es un medio para conseguir el desarrollo sostenible que por su lado es el fin a alcanzar. Desarrollo sostenible que no debe olvidarse implica el equilibrio entre la protección del medio ambiente y los recursos naturales y el desarrollo económico.

El capítulo III se dedica a cuestiones competenciales respecto de la sostenibilidad estudiada en el capítulo anterior, es decir, su incidencia en la distribución competencial, Unión Europea-Estados y dentro del nuestro en cuanto a tres materias concretas: urbanismo, derecho ambiental y ordenación del territorio.

En el capítulo siguiente se estudia el urbanismo ambiental, la integración del medio ambiente en el urbanismo y la ordenación territorial, analizando las diversas técnicas existentes, como los Planes y Programas de Ordenación Sostenible, y el desarrollo urbanístico sostenible tanto en la nueva Ley de Suelo de 2007 como en algunas normas autonómicas.

Es ya en el capítulo V donde se centra en la evaluación ambiental estratégica, su concepto, características y los diferentes modelos existentes, haciendo una mención especial al holandés y al británico. En el siguiente capítulo analiza la normativa europea al respecto y más concretamente la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 junio de 2001, para concluir en el último y séptimo capítulo con la transposición que de la misma se ha hecho en nuestro sistema y, en concreto, la Ley estatal 9/2006 y las normas autonómicas, con especial mención a la normativa canaria y catalana.

Por todo ello se trata de un libro de máximo interés, no sólo por el tema que está en plena actualidad sino también por el estudio detallado del origen de la cuestión, es decir, la unión de dos elementos como el

urbanismo y el medio ambiente, y dando cuenta no sólo de la respuesta europea y española, con sus diversidades autonómicas, sino también de otros modelos como el holandés y el británico.

J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA (coord.), **F.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ** y **E. DÍAZ MÉNDEZ**

(Prólogo del profesor R. González del Santo Fernández)

La evaluación ambiental de los Planes urbanísticos y de ordenación del territorio

[La Ley, Madrid, 2006, 1076 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

La unión del conocimiento teórico y práctico de estos tres expertos, profesores de las Universidades de Oviedo y de Cantabria, respectivamente, ha dado como fruto una obra poco habitual pero de máximo interés tanto para estudiosos como prácticos del Derecho; y es que en la misma se aúnan tanto el estudio desde la perspectiva teórica del tema, como la recopilación de las normas –que son muchas– de aplicación en la materia, lo que dota a este libro de una gran utilidad también práctica.

De otro lado, el tema merece este esfuerzo llevado a cabo por los autores, pues la evaluación del impacto ambiental de los Planes urbanísticos aúna dos materias estrechamente relacionadas y de máxima actualidad, además de resultar de relevancia para la vida misma: el medio ambiente y el urbanismo, ambos temas bien conocidos por el coordinador del libro, el profesor J. Francisco FERNÁNDEZ GARCÍA que no sólo desarrolla su labor en la Universidad de Oviedo sino que conoce de cerca estos temas por su importante implicación en el INDUROT, el Instituto de Recursos Naturales y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias;

confluencia de conocimientos teóricos y prácticos que se da igualmente respecto de los otros dos autores: F. Javier FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (profesor Titular de la Universidad de Oviedo y abogado) y Emilia DÍAZ MÉNDEZ (profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria y abogada), todo lo cual ya supone una garantía del buen resultado de este trabajo.

Como ya se ha adelantado, esta obra se divide en varias partes bien diferenciadas, concretamente tres: la primera responde al punto de vista teórico de la materia, mientras las dos últimas a la práctica.

Así, la primera parte, que se titula “Estudio monográfico acerca de la evaluación ambiental de los Planes urbanísticos y de ordenación del territorio”, aborda el análisis del tema desde una perspectiva global, pues sólo conociendo las diversas normas aprobadas por las distintas instancias normativas: Unión Europea, Estado, CCAA y, en última instancia, Administraciones Locales, puede comprenderse la magnitud del tema. El objetivo cumplido de esta primera parte es fundamentalmente para conocer cuáles son los requisitos y exigencias que en materia de evaluación de impacto ambiental deben cumplir los distintos tipos de instrumentos de planeamiento. Para ello se parte de las normas que en los últimos años han venido dadas desde la Unión Europea y, concretamente, de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, tratando cuestiones de tanta relevancia como los planes y programas objeto de evaluación, la realización de la evaluación ambiental o las actuaciones posteriores a la aprobación de los planes o programas. Aunque se parte de esta Directiva no se olvidan otras como la 85/3337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente o la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre, o la 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, etc.

Una vez expuesta la normativa europea, pasan los autores al estudio del régimen español, incluyendo las novedades de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, lo que sin duda hace que se trate de una obra de máxima actualidad.

El tercer escalón se dedica a la normativa autonómica en la materia, agrupándose o clasificándose del siguiente modo: las regulaciones autonómicas que someten planes al procedimiento general de evaluación de impacto ambiental, como Aragón, La Rioja, Cataluña, Valencia y la Región de Murcia; las que establecen procedimientos específicos de evaluación medioambiental cuyo ámbito de aplicación se extiende a los planes, que es el caso de Canarias, Islas Baleares, Madrid, Cantabria y Extremadura, y las CCAA que regulan la evaluación ambiental estratégica o figuras afines y concretamente Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Navarra y País Vasco. Finalmente se hace una dedicación específica al Principado de Asturias.

El último escalón se refiere a los distintos instrumentos de planeamiento existentes en el Principado de Asturias y las evaluaciones medioambientales y de impacto que precisan.

La segunda parte es una recopilación de la normativa aplicable, así lleva por título: “Código de leyes sobre evaluación de impacto ambiental de Planes urbanísticos y de ordenación del territorio”.

Finalmente, la tercera parte de esta obra lo constituye un apéndice de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia acerca del sometimiento de los Planes urbanísticos y de ordenación del territorio a evaluación de impacto.

Por todo ello y como se ha insistido, se trata de una obra útil tanto desde el punto de vista teórico como práctico de un tema que como éste, el de la evaluación de impacto ambiental de los Planes urbanísticos y de ordenación del territorio, hace confluir dos aspectos importantes de nuestro ordenamiento: el medio ambiente y el urbanismo.

VV AA

**El mercado de derechos a contaminar
(Régimen jurídico-público del mercado
comunitario de derechos de emisión en
España)**

[Lex Nova, Valladolid, 2007, 469 páginas]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

La obra que reseñamos –fruto de la colaboración de un grupo de profesores de la Universidad de Valladolid– analiza de forma crítica la creación de un mercado de emisiones de dióxido de carbono como instrumento para limitar la contaminación de la atmósfera. La aprobación por la Comunidad Europea de la Directiva 2003/87 y su transposición en España por la Ley 1/2005 plantean importantes problemas jurídicos. En una primera valoración, sobresale la ligazón entre las diferentes partes del texto y la amplitud de los temas que se tratan.

Entre las muchas líneas de reflexión que abre la monografía reseñada queremos subrayar la relativa a la incidencia de la regulación de las emisiones sobre el estatuto jurídico del empresario. La normativa condiciona el ejercicio de la actividad industrial al obligar a que las instalaciones que emitan gases de efecto invernadero a la atmósfera cuenten con una autorización de emisión y que además posean suficientes derechos de emisión. Partiendo de que tanto la Comunidad como los Estados disponen de un amplio margen de decisión para regular el desarrollo de la actividad empresarial, el libro se aproxima a la cuestión de los límites que impone la garantía constitucional de la libertad de empresa. Resulta interesante la reflexión acerca de cómo la reducción de las cuotas no supone siempre una disminución de la actividad industrial. Cabe la posibilidad de man-

tener el volumen de actividad si se compran derechos de emisión o si se introducen mejoras tecnológicas en el proceso productivo que permitan reducir la emisión de gases de efecto invernadero. En consecuencia, no existe una oposición radical entre el sistema de control de emisiones y la libertad de empresa, debiendo buscarse las posibles objeciones en la regulación específica de los mecanismos de creación, asignación y extinción de cuotas.

Desde este planteamiento general, el libro entra en el análisis de los detalles del modelo de derechos de emisión alumbrado por la Directiva y la Ley. Los autores formulan valiosas observaciones sobre, por ejemplo, la solución prevista para el caso de que la Administración no resuelva sobre la solicitud de asignación de cuotas. Se critica el régimen del silencio negativo porque se deduce del contenido esencial de la libertad de empresa un derecho del titular de las instalaciones a recibir un número mínimo de cuotas que le permitan seguir desarrollando su actividad. Aun mayor interés reviste la cuestión de si hay vulneración del principio de igualdad con respecto a la concurrencia entre las empresas. Se da noticia de un recurso interpuesto por un productor de acero ante el Tribunal de Primera Instancia en el que se argumenta que hay sectores que fabrican productos –fundamentalmente el aluminio– que compiten en el mismo mercado y que no están sometidos a la Directiva (Asunto T-16/04). Los autores plantean este espinoso asunto sin revelar su opinión, lo que resta cierta profundidad a esta parte de la trama.

No queremos finalizar la reseña sin recomendar la lectura de este interesante libro, que contiene elementos suficientes para atraer la atención de un público muy amplio. Destaca en la obra el esfuerzo por examinar la compleja trama normativa que envuelve este sector del ordenamiento desde categorías jurídicas generales y abstractas. Resulta una obra notable por introducir reflexión jurídica en medio de la oscuridad y la provisionalidad de las reglas que sustentan el mercado de derechos de emisión.

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.

