



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

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] Silencio administrativo negativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: la nueva doctrina del Tribunal Supremo y primeras voces discordantes en el Tribunal Constitucional

JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE

[43] Nuevas medidas de intensificación de la intervención administrativa en la gestión de las aguas subterráneas

BELÉN MARINA JALVO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[61] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

[91] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

[99] III. DERECHOS FUNDAMENTALES

Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

[125] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

[159] VI. ORGANIZACIÓN

ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

[173] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

[191] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

[203] IX. RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

[215] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[231] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[237] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

[253] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

[275] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

[301] XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[311] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[337] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Silencio administrativo negativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: la nueva doctrina del Tribunal Supremo y primeras voces discordantes en el Tribunal Constitucional*

JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE

Profesor de Derecho
Universidad del País Vasco

Resumen

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y PLAZO PARA INTERPONER RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y PRIMERAS VOCES DISCORDANTES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional (SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003, 220/2003 y 14/2006) ha considerado contrario al artículo 24.1 CE la aplicación por los Tribunales de cualquier artículo que establezca un plazo perentorio para la interposición de un recurso (ya sea administrativo,

económico-administrativo o jurisdiccional) contra una denegación por silencio (ya sea en vía de petición o de recurso). La STC 14/2006, de 16 de enero, presenta, sin embargo, novedades importantes que hacen temer una futura adaptación de la jurisprudencia anterior.

Abstract

NEGATIVE ADMINISTRATIVE SILENCE AND TERM TO INTERPOSE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE APPEAL: THE NEW DOCTRINE OF THE HIGH COURT AND FIRST DISAGREED VOICES IN THE CONSTITUTIONAL COURT

The constitutional jurisprudence (SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003, 220/2003 and 14/2006) has considered

contrary to the article 24.1 CE the application by the Courts of any article that establishes a peremptory term for the interference of an

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Programa Nacional de Investigación con referencia SEJ2005-09257-CO3-03.

appeal (either administrative, economical-administrative or jurisdictional) against a denegation by silence (either in a petitional or in an appellation way). The STC 14/2006,

of January 16, presents, however, important novelties that make to be afraid about a future adaptation of the previous jurisprudence.

Sumario:

I. Introducción. II. Breve referencia al silencio negativo y a la jurisprudencia constitucional anterior. III. Límites de la inexistencia de plazo para recurrir. IV. La errónea interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional por el Tribunal Supremo. V. La nueva doctrina del Tribunal Supremo: ¿garantía adicional o retroceso? VI. La Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2006, de 16 de enero. VII. Conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia constitucional ha considerado contrario al artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) la aplicación por los Tribunales de cualquier precepto que someta a un plazo perentorio la interposición de recursos contra las desestimaciones por silencio (SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003, 220/2003 y 14/2006). A juicio del Tribunal Constitucional, resulta razonable una interpretación que equipare, en cuanto al cómputo del plazo para recurrir, el silencio negativo con una “notificación defectuosa”.

La STC 14/2006, de 16 de enero, incide otra vez en esta problemática, pero, a diferencia de las anteriores, referidas a la LPA de 1958, lo hace a la luz de la nueva normativa sobre el silencio administrativo, implantada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Su novedad, sin embargo, no se agota en la interpretación de la nueva regulación; novedoso es también que hayan aparecido en su seno las primeras voces discordantes (hay dos Votos particulares) respecto a su consolidada doctrina.

En cuanto a la nueva doctrina del Tribunal Supremo –que tiene su reflejo en la STC 14/2006– sentada por las Sentencias de 23 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005 (hay, por tanto, jurisprudencia), se apoya, en esencia, en dos fundamentos: la referencia que sigue haciendo el artículo 46.1 LJCA al “acto presunto” y no al silencio negativo, identificando aquella expresión sólo con el silencio positivo; y la nueva obligación de información establecida por el artículo 42.4.2º LRJPAC –cuya redacción se debe a la Ley 4/1999–, señalando el Tribunal que “en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr”.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

Aunque hemos centrado nuestro estudio fundamentalmente en la exégesis del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo ante el silencio administrativo negativo –analizando, asimismo, la particular interpretación que ha seguido el Tribunal Supremo de la jurisprudencia constitucional–, la jurisprudencia constitucional no afecta sólo al plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, sino a la aplicación por los Tribunales de cualquier artículo que establezca un plazo perentorio para la interposición de un recurso (por ejemplo, artículo 235.1 LGT), ya sea administrativo, económico-administrativo o jurisdiccional, contra una denegación por silencio (ya sea en vía de petición o de recurso).

II. BREVE REFERENCIA AL SILENCIO NEGATIVO Y A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR

De la regulación de la LPA de 1958 se deducía que el silencio negativo no era un acto administrativo de sentido desestimatorio sino todo lo contrario: ausencia de voluntad volitiva de la Administración. No siendo el silencio negativo un acto sino justamente su ausencia, no se le podían otorgar efectos jurídico-materiales, sin que tampoco pudiese afirmarse que el acto quedaba firme o consentido o posteriormente confirmado. El silencio negativo “era, pues, solamente una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso. Sustituía, pues, al acto expreso, pero sólo a estos concretos fines y en beneficio del particular únicamente”¹.

La LRJPAC, en su redacción primera, eludió el empleo de la expresión “silencio administrativo” utilizando en su lugar la de “actos presuntos”, que entendía producidos, con el sentido estimatorio o desestimatorio que en cada caso fijaran las normas aplicables, por el mero transcurso del tiempo, sin incluir la necesidad de la notificación de la resolución en ese período. Esto supuso una rectificación frontal de la regulación anterior, según la cual sólo el silencio positivo era equiparable al acto expreso, pues el negativo era una ficción legal de efectos puramente procesales².

La nueva redacción dada a los artículos 42, 43 y 44 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero³, supone una vuelta al planteamiento tradicional en lo que respecta a la distinción entre el silencio negativo, mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso a los interesados a la vía jurisdiccional, y el silencio positivo,

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson-Civitas, 12ª edición, 2004, pág. 601.

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso... I*, ob. cit., pág. 606.

(3) Sobre la nueva regulación legal, vid., entre otros, a FERNÁNDEZ VALVERDE, “De nuevo, el silencio administrativo”, *REDA*, núm. 105, 2000, págs. 79 y ss.; PAREJO ALFONSO, “La nueva regulación del llamado silencio administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 254-255, mayo-diciembre 1999, págs. 111 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., “Acotamiento al régimen del silencio administrativo en nuestro Ordenamiento Jurídico. La última reforma de la Ley 30/1992 (Ley 4/1999)”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 169, abril-mayo 1999, págs. 11 y ss.; MARTÍN VALDIVIA, “El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares”, *RAP*, núm. 149, 1999, págs. 423 y ss.; FERNÁNDEZ POLANCO, “La nueva regulación del silencio administrativo”, *Justicia Administrativa*, octubre 1999, págs. 27 y ss.; GARCÍA PÉREZ, “El silencio administrativo negativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12 (enero-abril 2001), págs. 181 y ss.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”, *RAP*, núm. 159, 2002, págs. 87 y ss.; etc.

considerado como un acto administrativo, aunque presunto, equivalente a todos los efectos a una resolución expresa en sentido estimatorio⁴.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 6/1986, de 21 de enero, señaló que en los casos de silencio administrativo de carácter negativo puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto pero no los demás requisitos:

“En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación presunta por razón de la ficción legal–, pero no los demás extremos que deben constar en la notificación, dado que el legislador no lo estima así ni en el caso de la notificación expresa en que consta el contenido íntegro del acto, en cuyo supuesto el artículo 79.3 y 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina el régimen aplicable; régimen que consiste en establecer –núm. 3– que las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente, y núm. 4, que, asimismo, surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieren omitido otros requisitos, salvo que se hubiere hecho protesta formal, dentro de este plazo, en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.”

La conclusión más importante es que, según el Alto Tribunal, debe aplicarse una interpretación que equipare el silencio negativo a la notificación defectuosa:

“En el presente caso, (...) no puede calificarse de razonable –y menos aún de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental– una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; puede, en cambio, responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa –incluso si se quiere a una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto–, y es claro que en este caso no existe la causa de inadmisibilidad aplicada por la Sentencia.”

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso... I*, pág. 606. Esta distinción aparece con claridad en la nueva regulación legal. Así, el artículo 43.3 señala respecto al silencio positivo que “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”; mientras que en cuanto al silencio negativo se afirma que “la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”. Es también muy elocuente la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999: “el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley. Igualmente, se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo”. Ha desaparecido también en la LRJPAC para el silencio negativo la expresión “acto presunto”, salvo (posiblemente, por un olvido) la previsión del artículo 117.1, referido al recurso potestativo de reposición.

Además, se vuelve a tomar como referencia la notificación de la resolución al interesado y no la resolución misma, porque sólo la fecha de la notificación es controlable *ad extra*.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

Como puede verse, la Sentencia apoya su fundamentación tanto en el apartado 3 como en el apartado 4 del artículo 79 de la LPA de 1958. El apartado 4 se refería a las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieran omitido otros requisitos. En estos casos, el transcurso de seis meses desde que se practicó la notificación convalidaba el defecto cometido, a menos que el interesado formulase protesta formal dentro de ese plazo y solicitase la práctica de una notificación en forma. En cambio, el apartado 3 se refería a las notificaciones defectuosas; en virtud del cual las resoluciones mal notificadas y, por supuesto, las no notificadas no eran eficaces y, por ello, no empezaba el plazo para impugnarlas⁵.

En el caso, el Tribunal no se decanta de forma clara por aplicar el apartado 3 o el apartado 4 del artículo 79 LPA⁶, incluso según algunos autores⁷, se inclinaba en favor de la aplicación del número 4 del artículo 79 LPA. Sin embargo, como advierte GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, no resultaba aplicable el número 4 del artículo 79 LPA porque éste se refería a las notificaciones defectuosas de actos *expresos* y en ningún caso en relación al silencio desestimatorio, y, además, porque el apartado 4 exigía que la notificación se practicase *personalmente* al interesado, cosa que es imposible en casos de silencio desestimatorio, en que no existe notificación real alguna⁸.

En realidad, como señala DELGADO PIQUERAS, el Tribunal Constitucional no se pronunció nítidamente entre aplicar el apartado 3 o el apartado 4 del artículo 79 LPA porque en el caso no habían transcurrido seis meses desde la producción del silencio cuando el particular elevó su recurso al órgano correspondiente. Es decir, con cualquiera de los dos apartados se conseguía el resultado de la admisibilidad del recurso de alzada⁹.

GÓMEZ-FERRER MORANT nos ofrece la “interpretación auténtica”. Para dar una solución estimatoria en el caso concreto no era necesario resolver si la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exigía aplicar el número 3 o el número 4 del artículo 79 LPA. Ahora bien, explica este autor que la interpretación que el Tribunal estima más favorable para la efectividad del derecho fundamental es la que entiende que la desestimación por silencio se equipara al supuesto de notificación defectuosa en la que no consta el contenido íntegro del acto; por tanto, sin que exista plazo preclusivo para interponer el recurso: “La doctrina de esta sentencia se establece en atención a un caso concreto, para cuya solución no era necesario resolver si la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental es la de entender que la desestimación por silencio ha de equipararse a un acto en que sólo se ha notificado su contenido íntegro o en que la notificación defectuosa ni tan siquiera cumple este re-

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, 5ª edición, 1990, pág. 566.

(6) DELGADO PIQUERAS, F., “Asimilación del silencio negativo a las notificaciones defectuosas a efectos de los plazos procedimentales”, *REDA*, 1989, pág. 303.

(7) Así, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”, *RAP*, núm. 110, 1986, pág. 42. Como veremos luego, una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha seguido esta interpretación.

(8) “Recursos contra denegaciones...”, *ob. cit.*, págs. 43-44.

(9) “Asimilación del silencio...”, *ob. cit.*, págs. 304-305.

quisito. El Tribunal admite la posibilidad de que la primera solución —que bastaba para estimar el recurso— se ajuste a la Constitución, pero de la sentencia —en la parte transcrita— se deduce que *la interpretación que el Tribunal estima más favorable para la efectividad del derecho fundamental (lo que, por otro lado, resulta obvio) es la de entender que la desestimación por silencio se equipara al supuesto de una notificación defectuosa en la que no conste el contenido íntegro del acto. De esta forma resulta que no existirá un plazo preclusivo para la interposición del recurso de alzada*¹⁰.

La STC 204/1987, de 21 de diciembre, referida a una reclamación económico-administrativa interpuesta contra la desestimación de un recurso de reposición no notificada al interesado, clarifica la posición del Tribunal Constitucional en materia de silencio administrativo de carácter negativo, a la vez que introduce soluciones novedosas respecto a los actos de ejecución. En el caso concreto, existía un acto administrativo (declaración de inadmisibilidad del recurso de reposición) pero no había sido notificado al interesado. Tras reiterar la doctrina de la STC 6/1986 respecto a la naturaleza del silencio administrativo de carácter negativo, vuelve a entremezclar los apartados 3 y 4 del artículo 79 LPA:

“según lo expuesto en nuestra citada STC 6/1986, puede calificarse de razonable una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiere producido una notificación defectuosa —incluso si se quiere una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto— equiparando este supuesto al contemplado en el artículo 79.3 y 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo”.

Ahora bien, y es una novedad importante, el Tribunal en el caso estaba forzado a elegir entre las dos reglas al haberse presentado la reclamación económico-administrativa varios años después de producirse la desestimación presunta. La aplicación del artículo 79.4 LPA era insuficiente para otorgar el amparo¹¹. El Tribunal Constitucional especifica claramente que el apartado 4 del artículo 79 LPA es especial respecto a la norma general contenida en el apartado 3, decantándose por la aplicación de este último apartado:

“Sostiene el Letrado del Estado que, aunque hubiera de admitirse la aplicación al presente caso del razonamiento expuesto, tampoco se habría producido la infracción constitucional que se denuncia, ya que, puesto que puede suponerse que el recurrente conocía el texto íntegro del acto desestimatorio, debía haberlo recurrido en un plazo máximo de seis meses (...), por lo que hay que entender que, transcurrido dicho plazo, el acto presunto fue consentido. Sin embargo, la aplicación analógica de esta regla, que es especial respecto de la norma general contenida en el artículo 79.3, no puede ser razonablemente aceptada en un sentido extensivo, pues ello significaría equiparar, cuando no primar, la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del

(10) “El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 102 (la cursiva es nuestra). La opinión de este autor es especialmente relevante porque fue el Ponente de la STC 6/1986.

(11) En este sentido también, DELGADO PIQUERAS, F., “Asimilación...”, ob. cit., pág. 302.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

acto se notifica y se notifica personalmente al interesado, supuesto en que cabe a éste la absoluta certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto”¹².

En síntesis, hay que concluir con DELGADO PIQUERAS¹³ que las soluciones que aporta el Tribunal Constitucional son:

- a) El silencio negativo reduce su eficacia a permitir el acceso a la vía judicial a través de los recursos pertinentes y, por lo tanto, sólo puede tener efectos procesales favorables al administrado, nunca sustantivos.
- b) No cabe la excepción de acto consentido y firme como causa de inadmisión de los recursos contra el silencio negativo, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.
- c) El interesado, mientras no se le notifique la resolución expresa de su recurso –o petición– tiene abierto *sine die* (mientras no prescriba su derecho, –añadimos nosotros–) la instancia siguiente, al ser equiparada esta circunstancia a la notificación defectuosa del artículo 79.3 LPA.
- d) El administrado en su situación de espera puede recurrir los actos de ejecución del acto impugnado, reabriendo los plazos legales de impugnación de este último.

La doctrina contenida en la STC 204/1987 se reitera, por remisión, en la STC 63/1995, de 3 de abril, y se consolida con las importantes SSTC 188/2003, de 27 de octubre, y 220/2003, de 15 de diciembre, que añaden distintos argumentos (aplicación del canon de proporcionalidad, principio *pro actione*, etc.) En la STC 220/2003 existía, sin embargo, una importante peculiaridad: la Administración, al notificar la liquidación tributaria había señalado expresamente además de que contra la misma cabía interponer recurso de reposición en el plazo de un mes¹⁴, que éste se entendería desestimado si transcurrido un mes desde la interposición no se notificaba la resolución y que contra esta desestimación presunta se podía recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el plazo de un año a contar desde la fecha de la interposición del recurso de reposición. Tanto el Tribunal Superior de Justicia como el Tribunal Supremo hacían notar que la doctrina constitucional que equipara el silencio negativo a las notificaciones defectuosas no resultaba aplicable al caso porque el recurrente conocía el texto íntegro del acto (la desestimación por silencio), el plazo en que debía recurrir y el órgano ante el que debía hacerlo¹⁵.

(12) Por ello, el Tribunal ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la Sentencia parcialmente anulada, para que se dicte nueva Sentencia.

Pero, además, la Sentencia ofrece una solución garantista para el administrado, al señalar que la interposición de los oportunos recursos contra los actos de ejecución reabre también los plazos legales de impugnación del acto resolutorio.

(13) “Asimilación del silencio...”, *ob. cit.*, pág. 305.

(14) Sobre el recurso de reposición en el ámbito de los tributos locales, *vid.* los siguientes estudios de BURLADA, J.L., “Evolución histórica del recurso de reposición en el ámbito tributario local”, *Tributos Locales*, núm. 44, octubre 2004, págs. 57 a 77; “El recurso de reposición en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 5 de marzo de 2004 (I)”, *Forum Fiscal*, marzo 2005, págs. 27 a 48; y en *Forum Fiscal* de abril 2005 (2ª parte), págs. 27 a 47.

(15) El razonamiento que utiliza el Tribunal Superior de Justicia para declarar la inadmisibilidad del recurso en la Sentencia de 10 de junio de 1995 es que en la liquidación girada a la recurrente se hizo saber que “contra la misma podía interponer recurso de reposición en el plazo de un mes desde la notificación, añadiéndose que el mismo se entendería

Para el Alto Tribunal no es suficiente con que la Administración incluya en el acto los recursos pertinentes contra su eventual desestimación presunta. La razón es que se encuentra legalmente obligada a resolver los recursos interpuestos y a comunicarlo a los interesados con indicación de si los actos son o no definitivos en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra los mismos procedan, órgano ante el que deben presentarse y plazo para interponerlos:

“Y no desdice la anterior conclusión el hecho de que la Administración demandada hubiera tenido la cautela de incluir en la liquidación impugnada no sólo los recursos pertinentes contra la propia liquidación –recurso de reposición– sino incluso también contra su eventual desestimación presunta –recurso contencioso-administrativo–, pues la citada instrucción de recursos de un acto administrativo no excusaba a la Administración de su obligación legal de resolver el recurso interpuesto, comunicando al interesado ‘la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos’ (artículo 79.2 LPA 1958, hoy 58.2 de la Ley 30/1992). Es absolutamente inaceptable que una Administración pública que debe actuar ‘con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’ (artículo 103.1 CE), desatienda, primero, el cumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos y, sin embargo, manifieste luego un extremado celo en la exigencia de las de éstos, pues ninguna pretendida eficacia administrativa puede justificar el desconocimiento de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: el valor justicia (artículo 1.1 CE). Por este motivo, no es posible entender que la resolución desestimatoria presunta de un recurso de reposición, por silencio administrativo de carácter negativo, reúne, en modo alguno, los requisitos formales de que se debe revestir todo acto administrativo, por el simple hecho de que el acto impugnado sobre el que pende la inactividad administrativa incluyó una detallada instrucción de recursos, presentes y futuros”¹⁶.

desestimado si transcurrido un mes desde la interposición no se notificare su resolución” y que “contra esa desestimación presunta podía acudir, interponiendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo, ante esta Sala, en un plazo de un año a contar desde la fecha de la interposición del recurso de reposición”, entonces, dado que conocía “no sólo el contenido íntegro del acto, la desestimación por silencio, sino, además, el plazo que tenía para recurrir y ante qué sede jurisdiccional”, al no hacer uso de tal mecanismo “no fue en la ignorancia de que fuera posible otro recurso sino, por el contrario, porque así lo decidió voluntariamente”, y por todo ello, “la liquidación que le fue notificada el 18 de febrero de 1992 devino firme, por consentida, el 21 de febrero de 1993”.

Interpuesto recurso de casación, por Sentencia de 22 de abril de 2000 (RA 4223) se desestimó, por los mismos razonamientos de la Sentencia de instancia:

“En este aspecto podría entenderse que el plazo para interponer el recurso jurisdiccional sería el de un año y seis meses, pero esta interpretación que hace la Sala de instancia, derivada del artículo 79, no puede aplicarse cuando, como ella misma señala, la interesada conoce los extremos para que una notificación pueda estimarse como válida. Y ello es lo ocurrido con F, a la que se le notificó la liquidación haciéndole saber que contra la misma podría interponer recurso de reposición en el plazo de un mes y que el mismo se entendería desestimado si transcurrido dicho plazo no se le notificaba su resolución, informándole también que contra esa desestimación presunta podría interponer el correspondiente recurso contencioso en el plazo de un año a contar desde la fecha de la interposición del recurso. (...) Por consiguiente, la liquidación que se le notificó el 18 de febrero de 1992 devino firme, por consentida, el 21 de febrero de 1993.”

(16) Por eso, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de las Sentencias (del TSJ y del TS), ordenando retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior a la Sentencia del TSJ, a fin de que el órgano judicial se pronuncie sobre el fondo.

III. LÍMITES DE LA INEXISTENCIA DE PLAZO PARA RECURRIR

El Tribunal Constitucional asume la tesis de nuestra doctrina más autorizada. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en referencia al recurso contencioso-administrativo, señalan que debe “entenderse que el plazo para impugnar en la vía contencioso-administrativa el silencio negativo de la Administración permanece abierto sin limitación en tanto ésta no resuelva expresamente”¹⁷.

También MARTÍN REBOLLO afirma que “la fijación de un plazo para recurrir en el supuesto de actos presuntos está en cierta contradicción con la obligación que tiene la Administración de resolver. Si esta obligación existe, como existe, el plazo debería quedar abierto permitiendo así al ciudadano recurrir o esperar la resolución expresa”¹⁸.

En fin, GONZÁLEZ PÉREZ, refiriéndose ya de forma genérica al silencio, afirma que “la fijación de un plazo para recurrir en los supuestos de silencio negativo pugna con la naturaleza de éste. Salvo el juego de los principios generales del Derecho, como el de buena fe, que siempre debe operar, como opera respecto de la inexistencia de plazo para incoar un procedimiento de nulidad de pleno derecho, en los casos de desestimación por silencio, el interesado que opta por esperar la resolución expresa, debe tener abierta la vía de recurso en tanto no se produce la resolución y se notifica con todos los requisitos legales”¹⁹.

Ahora bien, el plazo para recurrir en caso de silencio administrativo negativo no es indefinido. Tiene dos límites temporales: el momento en que se notifica la resolución tardía y la prescripción. Ya hemos visto cómo en caso de silencio desestimatorio, el administrado tiene abierta la vía de recurso en tanto no se dicta la resolución y se notifica correctamente²⁰. Es decir, en los casos en que la Administración resuelva expresamente de forma tardía, debe interponerse el recurso procedente teniendo en cuenta la notificación²¹.

La inexistencia de plazo tiene un segundo límite: la prescripción de la acción. Se puede recurrir en vía administrativa o acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa mientras no prescriba la acción de ejercicio del derecho, entendiendo que el escrito de petición o de recurso tiene el carácter de reclamación extrajudicial que interrumpe su cómputo²².

(17) Curso... I, ob. cit., pág. 608. También con anterioridad en Curso... II, 2ª edición, 1990, pág. 546.

(18) *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 10ª edición, 2004, pág. 1235.

(19) *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, 2000, pág. 342. Igualmente para el recurso contencioso-administrativo en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, II, Civitas, 1998, pág. 959.

(20) Es importante subrayar que debe realizarse también la notificación porque, a veces, la legislación no es muy precisa al exigir sólo la producción del acto. Recordemos, precisamente, que en la STC 204/1987 la Administración había inadmitido el recurso de reposición interpuesto, sin que esta resolución se hubiese notificado al interesado.

(21) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual...*, ob. cit., pág. 344. A este respecto, resulta muy ilustrativa la legislación tributaria. Para las reclamaciones económico-administrativas, vid., por ejemplo, los artículos 240.1 y 247.3 LGT.

(22) En este sentido, GÓMEZ-FERRER MORANT (“El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional”, ob. cit., págs. 102-103), a propósito de los recursos administrativos, indica que “no existirá un plazo preclusivo para la interposición del recurso de alzada. Existirá, eso sí, el plazo de prescripción de acciones para el ejercicio de los derechos”. Y, en relación al recurso contencioso-administrativo, apunta que “Por ello, de lege ferenda, la solución a propugnar es la de entender que en caso de silencio el recurso contencioso puede interponerse mientras no prescriba la acción: solución que, incluso, puede ser aplicada por los Tribunales de lo contencioso, dado el carácter preconstitucional de la Ley de la Jurisdicción, que

IV. LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000 (RA 160)²³ sintetiza la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto al plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en caso de silencio negativo:

“En ocasiones se ha exigido sin matización alguna la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de un año que impone el artículo 58 de la Ley de esta Jurisdicción, tanto para los supuestos de silencio producido en vía de petición [Sentencia de 25 de enero de 1991 (RJ 1991, 432)] como en vía de recurso [Sentencias de febrero, 20 de mayo y 22 de julio de 1988 (RJ 1988, 3907 y 6097)]²⁴. En otras se ha incrementado dicho plazo en tres meses, cuando se trata de denegación presunta del recurso de alzada (Sentencias de 30 de marzo, 5 de mayo y 26 de julio de 1989 [RJ 1989, 2151, 3738 y 5863], y 14 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2233]). En SS. de 24 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1489) y 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3798) se ha permitido rehabilitar el plazo de impugnación pidiendo a la Administración que cumpla con su obligación de resolver expresamente el recurso ante ella deducido²⁵, y en Sentencia

hay que estimar derogada en cuanto se oponga a la Constitución, pues no parece ajustada a la misma una regulación en virtud de la cual quien ejercita una opción legal, como es la de esperar a la resolución expresa de la Administración más allá del plazo del año, computado en la forma ya indicada, haya de hacerlo a costa de su derecho a la tutela judicial efectiva, que no podrá ejercitar en el supuesto de que la Administración siga incumpliendo indefinidamente su deber y no dicte una resolución expresa”. Y concluye: “La solución ajustada a los principios constitucionales y a la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva es la que ya hemos indicado al tratar de los recursos administrativos: entender que se puede acudir a la jurisdicción mientras no prescriba la acción y que el escrito de petición o de recurso tienen el carácter de reclamación extrajudicial que interrumpe su cómputo”.

También insiste en esta idea fundamental VILLAR PALASÍ (“El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Administrativa*, 1988, núm. 3, pág. 162): “falta por contestar una tercera cuestión: cuándo se debe ejercitar la acción. La pregunta no plantea otro tema que el puro y simple de la prescripción de la acción. De una parte se podría pensar que no existiendo un plazo para que la Administración resuelva —la Ley es clara en este sentido— es lógico pensar que tampoco lo haya para el interesado fuera de los amplios plazos que para la prescripción de acciones tiene establecido la Ley”.

Por ejemplo, en el ámbito del Derecho Tributario se producen aplicaciones prácticas del instituto de la prescripción. Así, el plazo de prescripción para instar el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos es de 4 años. El plazo máximo de resolución del procedimiento es de 6 meses, transcurridos los cuales sin notificar resolución expresa —si el procedimiento se inició a instancia de parte—, se debe entender desestimado por silencio.

En general, sobre la prescripción de derechos, vid. la STS 22 de julio de 1986 (RA 5548) y a MICHAVILA NÚÑEZ, “Caducidad de la acción y prescripción del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAJ*, núm. 111, págs. 231 y ss.

(23) Entre otras, recogen las distintas líneas jurisprudenciales las SSTS de 14 de octubre de 1992 (RA 8260); 18 de marzo de 1995 (RA 2501); 23 de noviembre de 1996 (RA 8325); 19 de junio de 1998 (RA 5254) y 10 de noviembre de 1999 (RA 8424).

(24) Para la reclamación económico-administrativa, vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1977 (RA 4118).

(25) En efecto, una jurisprudencia admite que, pasados los plazos legales de recurso, el administrado pueda provocar el inicio de un nuevo plazo del año, mediante una nueva petición a la Administración para que resuelva el recurso no respondido expresamente. Vid., por ejemplo, las SSTS de 4 de mayo de 1990 (RA 3798), 10 de noviembre de 1999 (RA 8424) y 26 de enero de 2001 (RA 1649).

Es una tesis que ya habían mantenido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo I*, 5ª edición, 1990, pág. 580): “El silencio no es un acto, por consiguiente no cabe decir que se convierta en firme, ni que

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

16 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7317), se inicia una tesis seguida después por la de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8359) que armoniza la interpretación del artículo 58.2 de la Ley Jurisdiccional con lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus SS. de 21 de enero de 1986 y 21 de diciembre de 1987, según el cual en estos casos de silencio negativo puede entenderse como máximo que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación por silencio– pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que siendo entonces defectuosa, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo, surtirá efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses, concluyendo por lo que ahora interesa que “puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una notificación defectuosa”. Ello da lugar a la ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la Ley Jurisdiccional por seis meses más.”

Esta última corriente, que es mayoritaria²⁶, confunde por completo no sólo la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, sino también la regulación que contenía la LPA en el artículo 79 (apartados 3 y 4). Se afirma que si el particular conoce sólo el texto íntegro del acto, la notificación es defectuosa, por lo que sólo surtirá efecto cuando se haga “manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses”, concluyendo que ello da lugar a la ampliación del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en seis meses más. Esto era cierto en las notificaciones que contenían el texto íntegro del acto (salvo solicitud a la Administración en ese plazo para que rectificase la deficiencia) (artículo 79.4), pero no en las notificaciones defectuosas, que sólo surtían efecto a partir del momento en que el interesado hacía “manifestación expresa en tal sentido” o interponía el “recurso pertinente” (artículo 79.3). Si, como se dice, la doctrina del Alto Tribunal supone que en caso de silencio negativo el plazo para recurrir ha de computarse “como si se hubiera producido una notificación defectuosa”, ello no da lugar a la ampliación del plazo para recurrir en seis meses más, sino a otra consecuencia bien distinta: a que las resoluciones mal notificadas y, por supuesto, las no notificadas, no son eficaces y, por ello, no empieza el plazo para impugnarlas. Es por lo demás la inequívoca conclusión que se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como precisó el Ponente de la STC 6/1986.

Finalmente, hay otra corriente jurisprudencial que admite los recursos contencioso-administrativos interpuestos fuera del plazo legal previsto para el silencio negativo. En ocasiones, esta doctrina se asienta en el principio *pro actione*²⁷; otras veces, se afirma que no cabe

quede consentido por el simple transcurso del plazo de impugnación. Transcurrido este plazo, no podrá, desde luego, interponerse el recurso contencioso, porque la LJ lo prohíbe en su artículo 58, pero hay que admitir que sí se podrá formular nueva petición ante la Administración y volver a recorrer el camino, sin que en este segundo intento, que dará lugar a la apertura de un nuevo plazo de impugnación, pueda oponérsele la excepción de acto confirmatorio”.

(26) Entre otras muchas, con amplia cita jurisprudencial, siguen el erróneo criterio de ampliar el plazo en seis meses más las SSTs de 14 de octubre de 1992 (RA 8260); 23 de septiembre de 1994 (RA 6881); 18 de marzo de 1995 (RA 2501); 10 de noviembre de 1999 (RA 8424); 23 de diciembre de 2000 (RA 10586); 26 de enero de 2001 (RA 1649), etc.

(27) Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997 (RA 6732) y la jurisprudencia que recoge.

apreciar extemporaneidad cuando la Administración incumple su obligación de resolver expresamente²⁸ y, a veces, se sigue la teoría de las notificaciones defectuosas²⁹.

V. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿GARANTÍA ADICIONAL O RETROCESO?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004³⁰ introdujo una nueva doctrina en este Tribunal respecto al plazo para interponer recurso contencioso-administrativo. Más tarde, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005³¹ la ha confirmado.

Recordemos el origen de la primera de estas Sentencias. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Sevilla había admitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto diez meses después desde que pudieran entenderse desestimados por silencio negativo los recursos de reposición interpuestos. El Juzgado rechazó la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por el Ayuntamiento, entendiendo que al silencio administrativo negativo no le resultaba aplicable el plazo de seis meses del artículo 46.1 LJCA por referirse éste a los “actos presuntos”³². Contra esta Sentencia, la Administración interpuso recurso de casación en interés de la Ley, solicitando que se declarase como doctrina legal: “El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente a actos presuntos negativos, esto es, desestimatorios de la pretensión, es el establecido por el artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es decir, el de seis meses a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto”. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en interés de la Ley apoyándose en distintos argumentos: a) en que, según el Tribunal Constitucional (Sentencias 6/1986 y 204/1987), “la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa”; b) en el deber de información del artículo 42.4.2º LRJPAC, concluyendo que “en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan

(28) En este sentido, las SSTs de 22 de marzo de 1997 (RJ 1997, 3227) y de 26 de julio de 1997 (RA 6734).

(29) Así, las SSTs de 24 de marzo 1995 (RA 2528), 23 de mayo de 1995 (RA 4024), 7 de noviembre de 1999 (RA –año 2000–, 849) y 4 de febrero de 2002 (RA 2731).

(30) RA 1021; Sección 4ª, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero. Sobre esta Sentencia, vid. a José Luis e Inés María BURLADA ECHEVESTE: “La inexistencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo tras la Ley 4/1999, de 13 de enero”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, 2005, págs. 353-377. Vid., asimismo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de julio de 2005 (JT 1028), que la cita.

(31) RA 2995; Sección 4ª, Ponente: Pico Lorenzo.

(32) “(...) el artículo 46.1 LJCA se refiere sin duda al plazo para recurrir ante ese orden jurisdiccional respecto de actos presuntos (...). Mas tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992 por Ley 4/1999, ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo –nuevamente– de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado (...) Por ello, el supuesto de desestimaciones por silencio negativo ya no puede entenderse comprendido en la previsión del artículo 46.1 LJCA, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal”.

Pero, además, la Sentencia indicaba que “en la ordenación legal comentada encuentra de nuevo perfecto encaje la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su obligación de resolver”.

a correr”, y c) en que “la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se hace en la LRJ-PAC y PC lo configura como una ficción y no como un acto presunto”.

La doctrina de la Sentencia de 23 de enero de 2004 ha sido reiterada literalmente por la Sentencia de 4 de abril de 2005³³. Como nueva argumentación, la Sentencia cita una jurisprudencia, según la cual —se dice erróneamente³⁴— “puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra una desestimación presunta como si se hubiera producido una notificación defectuosa”:

“La cuestión sometida a nuestra consideración no fue pacífica durante la vigencia de la LJCA/1956 como pone de relieve la Sentencia de 28 de enero de 2003 (RJ 2003, 1508). No obstante la citada sentencia de este Tribunal ya explícita que ‘En la sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7317), seguida después por las Sentencias de 28

(33) El TSJ de Andalucía dictó Auto el 1 de octubre de 2002, desestimando el recurso de súplica, en una causa en que se impugnó el Acuerdo del Ayuntamiento de E. E., sobre el deslinde de una finca rústica, de fecha 7 de octubre de 1999. Frente a este acto administrativo se interpuso recurso potestativo de reposición que, al ser desestimado presuntamente, fue impugnado judicialmente mediante escritos presentados los días 16 y 17 de julio de 2001. La resolución judicial cuestionada desestimó el recurso de súplica deducido contra el Auto de 23 de julio de 2002 que inadmitió el recurso contencioso-administrativo por extemporáneo. En concreto, según este último Auto, “el recurrente C. interpuso recurso de reposición potestativo en 28 de diciembre de 1999 y la Sra L. lo hizo el 30 de diciembre de 1999, recursos que no fueron resueltos expresamente por el Ayuntamiento, operando el silencio administrativo con carácter negativo al mes de su interposición, abriéndose el plazo de seis meses para interponer el recurso contencioso que en uno y otro caso terminaría en 29 y 30 de julio del año 2000 y según sello, diligencia de entrada en la Sala en 16 y 17 de julio del año siguiente 2001”.

El recurso de casación se amparó en el apartado c) del artículo 88.1 LJCA, por aplicación indebida del artículo 46.4 LJCA en relación al artículo 46.1 del mismo cuerpo legal, así como de los artículos 42.4 y 43.1 y 4 de la LRJPAC.

(34) Puede parecer que la jurisprudencia que se cita en la Sentencia identifica los efectos del silencio negativo con los de la notificación defectuosa y no es así. Así, la STS de 28 de enero de 2003 (recurso de casación en interés de la ley) desestima la pretensión de que se fijase como doctrina legal que la seguridad jurídica impone que los actos presuntos deben recurrirse en los plazos legalmente fijados. El Tribunal señala que “la pretensión formulada de manera genérica y abstracta contiene la afirmación de una doctrina ya reiterada por esta Sala y no permite apreciar la estimación del recurso de casación en interés de Ley, ya que la finalidad del recurso cumple una función nomofiláctica que no tiene como objetivo la resolución del conflicto ni la tutela de un derecho o interés legítimo, sino que persigue velar por la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, siendo así que la pretensión reitera una doctrina jurisprudencial ya consagrada por la Sala”.

La STS de 16 de octubre de 1987 da solución a un caso particular. Se había interpuesto recurso de reposición, desestimado por silencio (15 días), interponiéndose posteriormente reclamación económico-administrativa fuera de plazo (en concreto, el 27 de junio). El Tribunal Económico-Administrativo no entró en el fondo del asunto por haberse planteado de forma extemporánea la reclamación. En cambio, la Sala de La Coruña sí lo hizo al considerar interpuesta en plazo la reclamación al haberse dictado resolución expresa el 7 de junio, notificada el 28 de junio, por lo que aun no estándose en plazo para presentar la reclamación contra la denegación presunta, sí se cumplía en cuanto a la expresa, notificada el día siguiente a la reclamación. El TS desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado.

Por su parte, la STS de 23 de noviembre de 1996, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, interpreta erróneamente la doctrina del TC (Sentencias de 21 de enero de 1986 y 21 de diciembre de 1987) y amplía el plazo del año del artículo 58.2 LJCA de 1956 por seis meses más: “ello da lugar a la aplicación del artículo 79 de la LPA y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la LJCA por seis meses más. Lo que no existe, en la jurisprudencia analizada, es la posibilidad de considerar indefinidamente abierto el plazo para recurrir en caso de denegación presunta del recurso de reposición”. Igualmente las SSTS de 28 de noviembre de 1989 y 18 de marzo de 1995.

La STS de 19 de junio de 1998, si bien entendió interpuesto en plazo el recurso, pues la petición a la Administración municipal se realizó el día 26 de diciembre de 1988, interponiéndose recurso contencioso-administrativo el día 5 de enero de 1990, lo hizo aplicando incorrectamente la doctrina del TC: “Ello da lugar a la aplicación del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo (1958) y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por seis meses más”.

de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8366), 18 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2501), 23 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8325) y 19 de junio de 1998 (RJ 1998, 5254), armonizando la interpretación de la Ley Jurisdiccional con lo declarado por el Tribunal Constitucional en las Sentencias de 21 de enero de 1986 (RTC 1986, 6) y 21 de diciembre de 1987 (RTC 1987, 205), en los casos de silencio negativo puede entenderse como máximo que el particular conoce el texto íntegro del acto, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que siendo entonces defectuosa, sólo surtiría efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación en tal sentido por el interesado o interponga el recurso pertinente, concluyéndose que puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra una desestimación presunta como si se hubiera producido una notificación defectuosa”

A partir de aquí reproduce literalmente lo señalado en la Sentencia de 23 de enero de 2004, refiriéndose a su doctrina:

“Y, en fecha más reciente, la Sentencia de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1021) dictada en un recurso en interés de la Ley en que la Administración pretendió una interpretación restrictiva del artículo 46.1 de la vigente LJCA en línea con la exégesis aquí mantenida por la Sala de instancia se afirmó en su fundamento TERCERO: ‘El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 6/1986, de 21 de enero, 204/1987, de 21 de diciembre y 63/1995, de 3 de abril, ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales’. La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA/1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la notificación sólo era eficaz desde que se interpusiere el recurso procedente. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en sus Sentencias de 14 (RJ 2000, 1574) y 26 de enero de 2000 (RJ 2000, 160)³⁵.

Esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad por lo que diremos. Efectivamente el actual artículo 42.4.2º de la LPAC dispone: “En todo caso, (...)”.

(35) La referencia a estas dos Sentencias tampoco es correcta. La STS de 14 de enero de 2000 se limita a realizar una ampliación del plazo en seis meses más: “F. interpuso el recurso contencioso-administrativo el día 15 de octubre de 1990 contra la desestimación presunta, en virtud de silencio administrativo, del recurso de reposición promovido el 28 de julio de 1989, es evidente que el recurso contencioso-administrativo se hizo valer dentro del plazo legal, tomando en cuenta el de seis meses que establece el artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo para que la notificación defectuosa surta efecto, al que debe añadirse el de un año que prescribe el artículo 58.2 de la Ley de la Jurisdicción de 1956. El recurso contencioso-administrativo se encontraba deducido dentro del plazo legal”.

En fin, la STS de 26 de enero de 2000 casa la Sentencia recurrida, desestimando la causa de inadmisibilidad y entrando en el fondo del asunto, solución a la que llega aplicando al caso tanto la doctrina referida al recurso de alzada (ampliación del plazo en 3 meses), como la doctrina del TC, pero entendiendo ampliado el plazo en seis meses más. En efecto, en el caso el recurso de alzada se había presentado el 30 de mayo de 1989, mientras que el recurso contencioso-administrativo se interpuso el 30 de julio de 1990.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

El precepto tiene su origen en el mandato del artículo noveno de la Constitución, desarrollado por el Legislador, precisamente, para garantizar la Seguridad Jurídica.

En él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones: “en todo caso”, regla general que se dirige a las Administraciones Públicas (todas) quienes necesariamente “informarán” a los interesados y con un contenido explícito de ese mandato informativo.

La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas “no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr”.

Y añade:

“En el supuesto allí enjuiciado, igual que el aquí sometido a nuestra consideración, no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo debemos entender que no ha comenzado.

Para ello es significativo lo vertido en el punto tercero del fundamento de derecho CUARTO al sostener que ‘la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio se hace en la LRJ-PAC lo configura como una ficción y no como un acto presunto’³⁶.”

Como nuevo argumento, se remite a la doctrina de la STC 220/2003, de 15 de diciembre:

“Posición la de este Tribunal que también sigue acogiendo el Tribunal Constitucional en su defensa del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción. En su Sentencia 220/2003, de 15 de diciembre, confiere amparo a un recurrente frente a una resolución judicial de este orden jurisdiccional por cuanto el órgano judicial, de entre las varias opciones interpretativas, optó por la que cerraba de forma irrazonable y desproporcionada el acceso a la jurisdicción al tiempo que la Administración se beneficiaba de su propia irregularidad. Insiste en que ‘no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales’ (STC 179/2003, de 13 de octubre). Adiciona que ‘no es posible entender que la resolución desestimatoria presunta de un recurso de reposición, por silencio administrativo de carácter negativo, reúne, en modo alguno, los requisitos formales de que se debe revestir todo acto administrativo’(...)”.

(36) Doctrina que sigue la STSJ de Baleares de 11 de febrero de 2005 (RJCA/107):

“La Ley 4/1999 vuelve al principio, de modo que la desestimación por silencio tiene el solo efecto de permitir que los interesados interpongan el recurso procedente –artículo 43.3– y, en esta situación, debe concluirse que no existe un plazo preclusivo para recurrir las desestimaciones presuntas y, por tanto, el artículo 46.1 de la Ley 29/1998 ha quedado, sino derogado, desplazado”.

Como puede verse, la Sentencia reitera la doctrina de la Sentencia de 23 de enero de 2004, pero se aprecian también algunos aspectos novedosos:

1º) Se cita una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en virtud de la cual aparentemente en los casos de silencio negativo ha de computarse el plazo para recurrir “como si se hubiera producido una notificación defectuosa”; cita que, como hemos visto, es errónea porque las Sentencias que se mencionan no recogen la doctrina que se afirma en la Sentencia de 4 de abril de 2005.

2º) En el caso resuelto por la Sentencia de 23 de enero de 2004 bastaba con aplicar la equivocada interpretación del Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal Constitucional –en virtud de la cual el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio negativo se amplía en seis meses más– para considerar incluido en plazo el recurso. En cambio, en el supuesto de la Sentencia de 4 de abril de 2005 no era suficiente con aplicar esta peculiar doctrina porque el recurso contencioso-administrativo se interpuso año y medio después.

3º) La Sentencia de 23 de enero de 2004 se refería a un recurso obligatorio de reposición (artículo 14.2 LHL), mientras que la de 4 de abril de 2005 versaba sobre el recurso potestativo de reposición. En consecuencia, no resultaba de aplicación lo previsto en el artículo 46.1 LJCA, sino la regulación del apartado 4 del artículo 46. La redacción de ambos preceptos es distinta pues mientras que el apartado 1 se refiere expresamente al “acto presunto” (“Si no lo fuera [acto expreso], el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto”), el apartado 4 simplemente alude a la desestimación presunta (“... recurso potestativo de reposición en que éste deba entenderse presuntamente desestimado”). Este recurso potestativo de reposición no estaba previsto en la redacción originaria de la LRJPAC, bajo cuya vigencia se elaboró la LJCA de 1998. Resulta claro que el Legislador conocía el Proyecto de Modificación de la LRJPAC (luego, Ley 4/1999), teniéndolo en cuenta. El apartado 4 no habla, pues, de “acto presunto” (noción aplicable al silencio positivo) sino sólo de desestimación presunta. Y, sin embargo, la Sentencia de 4 de abril de 2005 se apoya en la doctrina de la Sentencia de 23 de enero de 2004, afirmando que “para ello es significativo lo vertido en el punto tercero del fundamento de derecho CUARTO...”, recogiendo su doctrina, referida al apartado 1 y no al apartado 4, aplicable al caso. No cabe duda de que el artículo 46.4 LJCA está previendo el cómputo del plazo para interponer el recurso en caso de silencio negativo³⁷. No hay que confundir la regulación del artículo 46.1 LJCA con la que prevé el apartado 4. Cada apartado tiene su propia regulación para el inicio del cómputo del plazo del recurso. El epígrafe 4 dice que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo “se contará desde el día siguiente a aquel en que ... éste [recurso potestativo de reposición] deba entenderse presuntamente desestimado”, es decir, desestimado por

(37) CANO CAMPOS, A., “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir”, REDA, núm. 122, 2004, pág. 261. En efecto, el apartado 1 del artículo 94 LPA (referido al silencio negativo), para las peticiones, decía que “... podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta...”; mientras que el apartado 2, para los recursos, afirmaba que “entendiéndose entonces producida su desestimación presunta...”.

silencio negativo (o sea, un mes sin dictar y notificar la resolución del recurso de reposición: artículo 117.2 LRJPAC). En cambio, el apartado 1 establece de forma general que, si no se dictó y notificó un acto expreso, el plazo de recurso será de seis meses y que este plazo se contará “para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el *acto presunto*”. De esta norma sólo se aplica al apartado cuarto el plazo de recurso contencioso-administrativo (seis meses) al no establecer este último plazo alguno para interponer recurso, y fijar simplemente el *dies a quo*, refiriéndose indudablemente al silencio negativo.

4º) La Sentencia de 4 de abril de 2005 realiza una remisión muy importante a la STC 220/2003, recogiendo parte de su doctrina, que resulta fundamental para la adecuada interpretación del artículo 42.4.2º LRJPAC. En cambio, la Sentencia de 23 de enero de 2004, seguramente por desconocimiento de esta Sentencia, no alude a ella (ni a la STC 188/2003)³⁸.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 14/2006, DE 16 DE ENERO

La Sentencia 14/2006, de 16 de enero, aborda de nuevo las relaciones existentes entre la obligación de la Administración de resolver de forma expresa (artículo 42.1 LRJPAC) y el establecimiento de plazos por la legislación para recurrir frente al silencio administrativo negativo. En concreto, se pronuncia sobre el plazo de seis meses establecido por el artículo 46 LJCA de 1998 para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio negativo. Esta Sentencia reitera la doctrina contenida en las SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003 y 220/2003, pero en un contexto legislativo distinto. Si estas Sentencias se dictaron teniendo en cuenta la normativa de la LPA de 1958, la STC 14/2006 se pronuncia sobre la nueva regulación instaurada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, si bien es cierto que esta Ley retoma los principios generales establecidos por la LPA sobre el silencio negativo. La Sentencia presenta algunas novedades pues, por una parte, se aprecia la influencia de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 y, por otra, el Magistrado Conde Martín de Hijas formula Voto particular, al que se adhiere la Magistrada Pérez Vera³⁹.

(38) Algo que nosotros mismos (“La inexistencia de plazo...”, ob. cit., pág. 374) ya pusimos de relieve: “hay que notar que no alude a las importantísimas Sentencias del Tribunal Constitucional 188/2003, de 27 de octubre y 220/2003, de 15 de diciembre; probablemente por desconocimiento por no haberse publicado en los Repertorios Jurisprudenciales en la fecha de su redacción. (...) Ahora bien, puesto que el Tribunal Supremo acoge la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las SSTC 6/1986 y 204/1987 (...) es fácilmente deducible que también esta última habría sido asumida por la Sentencia”.

(39) Los hechos objeto de análisis en la Sentencia eran los siguientes. La parte recurrente, bajo la invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, solicitó al TC la anulación de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia de 11 de marzo de 2003, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Elche, de 20 de febrero de 2002. Ambos Tribunales apreciaron la caducidad del plazo de seis meses para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa prevista en el artículo 46.1, in fine, LJCA. El TSJ determinó el *dies a quo* del plazo de seis meses de conformidad con el artículo 117.2 LRJPAC (a partir del día siguiente del plazo de un mes desde la interposición del recurso de reposición). El escrito presentado contra la Administración autora del acto tenía fecha de entrada en el Registro el día 30 de junio de 2000 y el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo tenía fecha registrada de entrada el día 6 de abril de 2001, por lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo constató la caducidad de la acción, pues habían transcurrido más de seis meses –concretamente, 8 meses y 5 días– desde el nacimiento del silencio administrativo negativo con fecha 31 de julio de 2000.

Gran parte de esta Sentencia centra su atención en reiterar la doctrina del Tribunal en esta materia (Sentencias 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003 y 220/2003). Tras este recordatorio, añade que la regulación del silencio negativo ha sido “profundamente” modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero⁴⁰, incidiendo en las palabras que su Preámbulo dedica a esta materia:

“se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito”.

Como mantiene el Alto Tribunal, esto supone retomar la concepción del silencio administrativo como ficción legal y reafirmar la obligación de la Administración de resolver de forma expresa las peticiones y recursos interpuestos:

“(…) esto es, el retorno a la concepción del silencio administrativo negativo como una ficción legal que permite a los administrados acceder a la jurisdicción y la reafirmación de la obligación de la Administración de resolver de manera expresa las peticiones ante ella formuladas y los recursos interpuestos contra sus actos”.

La Sentencia, probablemente influida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, destaca que la reforma de 1999 estableció en el artículo 42 LRJPAC la obligación de la Administración “en todo caso” de informar a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo:

“(…) la reforma no se haya limitado a la supresión de la referida certificación del acto presunto, a la consideración de acto del silencio positivo y a la de mera ficción legal del negativo, sino que se haya extendido, dentro del epígrafe ‘obligación de resolver’ que lleva el nuevo artículo 42, a la obligación que incumbe ‘en todo caso’ a las Administraciones de informar ‘a los interesados (...)’. Con ello, (...) se ha relacionado, por mandato propio de la ley, dicha obligación con la de información a que acaba de hacerse referencia, relación esta que, por cierto, ha servido en alguna ocasión al Tribunal Supremo (v.gr. en la Sentencia de 23 de enero de 2004, recurso de casación en interés de Ley núm. 30-2003) para concluir que ‘en tanto las Administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto [el meritado artículo 42.4.2 LPC] se refiere, los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr’.”

Seguidamente, el Tribunal recalca que el Legislador de 1998, al redactar el artículo 46.1 LJCA, no pudo tener en cuenta la nueva realidad legislativa introducida por la Ley 4/1999,

(40) Recordemos que las citadas Sentencias se referían a la regulación de la LPA de 1958, cuyos principios estructurales recuperó la Ley 4/1999. Obviamente, el Alto Tribunal, al referirse al cambio, alude a la redacción originaria de la Ley 30/1992.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

que es la que “puede” ser tomada en consideración para interpretar *secundum Constitutionem* el artículo 46.1 LJCA de 13 de julio de 1998:

“(…) se está exponiendo simplemente una realidad legislativa que la Ley jurisdiccional de referencia, obviamente, no pudo tener en cuenta al ser anterior a la reforma del instituto del silencio por la Ley 4/1999, pero que sin duda puede ser tenida en cuenta en una interpretación *secundum Constitutionem* de aquel precepto legal para el caso concreto –como en el supuesto a que se contrae este recurso ocurre– en que la Administración, no sólo no haya resuelto expresamente la petición o recurso del interesado, sino que también haya incumplido el deber de información a que se ha hecho indicación con anterioridad”.

A continuación, la Sentencia desarrolla una confusa relación entre el artículo 42.4.2 LRJPAC y la STC 220/2003:

“Sin embargo, cuanto acaba de decirse no significa que no pueda utilizarse otra interpretación cuando no concurra la infracción del deber de información a que se refiere el artículo 42.4.2, reformado, de la LPC. La misma STC 220/2003, de 15 de diciembre, (...) declaró en su fundamento jurídico 5 que la citada instrucción de recursos de un acto administrativo no excusa a la Administración de su obligación legal de resolver el recurso interpuesto, comunicando al interesado ‘la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos’ (artículo 79.2 LPA 1958, hoy artículo 58.2 de la Ley 30/1992).”

El Alto Tribunal concluye reafirmando la vigencia de la doctrina contenida en la STC 6/1986, declarando que se ha vulnerado el derecho a la efectividad de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y recordando la contradicción que supone admitir que las notificaciones defectuosas puedan ser recurridas sin consideración a plazo alguno, y que, sin embargo, en los casos en que la Administración incumplió su obligación de resolver, se impongan plazos para recurrir contra el silencio negativo:

“Por todas estas razones, *procede reafirmar la vigencia de la anterior doctrina contenida en la STC 6/1986, de 21 de enero, y sostener ahora, al igual que entonces, la lesión de la primera manifestación del derecho a la efectividad de la tutela judicial, porque, en el presente caso (y es preciso recordar que la Administración ni resolvió de manera expresa, ni informó a las recurrentes de las consecuencias jurídicas del silencio administrativo negativo, entre ellas, del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo), no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando ... caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio pro actione que supone admitir que las notificaciones defectuosas –que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente– puedan surtir efectos ‘a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o*

interponga cualquier recurso que proceda' (artículo 58.3 LPC), esto es, sin consideración a plazo alguno, y sin embargo, en los casos en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con su normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición –artículo 46, apartados 1 y 4, LJCA–”.

El Magistrado Conde Martín de Hijas formula Voto particular, al que se adhiere la Magistrada Pérez Vera, apoyado en distintos razonamientos. A su juicio, si la violación del derecho fundamental se debe directamente a un precepto legal, la solución pasa por plantear la autocuestión de inconstitucionalidad:

“Si la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, (...), en ningún caso puede ser vulnerador de tal derecho fundamental, la aplicación de un precepto que la regula, si su interpretación se ajusta al genuino sentido del precepto aplicado, so pena de que la vulneración se impute directamente al precepto legal en cuestión, lo que, en su caso, debe llevar al planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad⁴¹ conforme a lo dispuesto en el artículo 55.2 LOTC.”

Por lo que concluye en cuanto a este aspecto que:

“si la *ratio* de la vulneración del artículo 24.1 CE es la que se indica, creo que la misma no es referible a la interpretación del artículo 46.1 LJCA de 1998 efectuada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, primero, y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, después, sino directamente al precepto aplicado, lo que, de ser coherentes con el dato de partida, debiera haber llevado a nuestra Sentencia a considerar inconstitucional dicho precepto, con el correspondiente planteamiento de la autocuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.2 LOTC”.

Nada hay que objetar a este razonamiento; sobre todo, teniendo en cuenta la peculiar y equivocada interpretación que han dado sistemáticamente los Tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de silencio administrativo negativo⁴².

(41) La expresión “autocuestión de inconstitucionalidad”, como nos recuerda PÉREZ TREMPs (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, VVAA –coordinador REQUEJO PAGÉS–, Tribunal Constitucional-BOE, 2001, pág. 869), fue utilizada por primera vez por GARCÍA DE ENTERRÍA (“La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en El Tribunal Constitucional, I, IEF, 1981, pág. 55), y es un mecanismo que hace posible la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por parte del Pleno del TC en aquellos supuestos en que esta inconstitucionalidad se pone de manifiesto en un recurso de amparo.

(42) En relación al recurso de amparo, el TC en su Sentencia de 26 de enero de 1981 puntualizó que:

“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (artículo 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos.”

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

En segundo lugar, entiende el Voto particular que la interpretación del artículo 46.1 de la LJCA que realizan los Tribunales no sólo no fue arbitraria, sino la única razonable posible, pues lo contrario supondría inaplicar el precepto:

“estimo que la interpretación del artículo 46.1 LJCA de 1998 realizada por los órganos intervinientes en el proceso *a quo* era, no sólo no arbitraria, como reconoce nuestra Sentencia, sino que era la única racional y razonablemente posible. A mi juicio el sentido lógico del precepto citado es inequívoco, y no cabe otra interpretación del mismo respetuosa con sus términos, que la que le dieron dichos órganos. De rechazar esa interpretación, el precepto se hace sencillamente inaplicable. Y debe tenerse en cuenta que por la fecha de la Ley es indudable que el legislador tuvo en cuenta la jurisprudencia de este Tribunal dictada respecto de preceptos de la legislación precedente entre los que puede establecerse algún paralelismo (que citamos en nuestra Sentencia), pese a lo cual optó por la regulación que estableció, que puede, en su caso, ser anulada por este Tribunal, si la juzga contraria a la Constitución, pero que no puede ser obviada, ni por este Tribunal, ni por los de la jurisdicción ordinaria, con pretendidas interpretaciones constitucionales, conducentes en la realidad a la inaplicación del artículo 46.1 citado”.

Es cierto, como dice el Voto particular, que el Legislador conocía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando redactó el artículo 46 LJCA, pero lo que no dice el Voto particular es que después de la LJCA de 13 de julio de 1998, la concepción del silencio administrativo negativo cambió por completo con la Ley 4/1999. Si en la redacción originaria de la LRJPAC, se consideraban actos presuntos tanto los producidos en sentido estimatorio como desestimatorio, con la Ley 4/1999, de 13 de enero, se vuelve al planteamiento tradicional, considerándose el silencio negativo como simple ficción legal de efectos exclusivamente procesales. Ahora, hay una contradicción, al menos si se interpreta literalmente, entre el artículo 46.1 LJCA, que sigue aludiendo al “acto presunto” y la regulación del silencio administrativo negativo, que, insistimos, vuelve a ser calificado como una ficción y no como un acto presunto.

En tercer lugar, el Voto particular centra su atención en que en varias de las SSTC el caso era distinto al presente porque las impugnaciones se realizaron aprovechando la existencia de un acto expreso, negando al silencio negativo la entidad de acto real “a efectos de poder considerar el posterior acto expreso como de confirmación del de silencio”:

“En el caso actual de lo que se trata es de la posibilidad de existencia de un plazo legal para la interposición de recursos contra actos administrativos de silencio, considerados existentes a efectos de su posible recurso, por una ficción legal. El artículo 46.1 LJCA de 1998 opta por el establecimiento de un plazo para el recurso, que es muy superior al plazo establecido para recurrir los actos expresos (seis meses, y dos meses, respectivamente), fijando el *die a quo* del plazo ‘a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto’⁴³.

(43) Se olvida que con la LJCA de 1956 el plazo de recurso frente al silencio era mucho más amplio. Se triplican también los plazos para el recurso de alzada y de reposición. Sin embargo, para el recurso de reposición previo a la reclamación económico-administrativa y para la reclamación económico-administrativa es el mismo que existe para los actos expresos (un mes), plazo extraordinariamente fugaz.

Lo que se suscita en el proceso a quo es única y simplemente la aplicación de ese plazo legal. En tal sentido creo que el caso es distinto de los resueltos en varias de las Sentencias aludidas en la nuestra, en las que lo impugnado no eran actos derivados del silencio, sino actos expresos, y en los que la causa de inadmisibilidad del recurso aplicada no era la de transcurso del plazo para recurrir, sino la de ser el acto impugnado confirmación de un acto anterior no impugnado.

Que en estos casos se limite el sentido de la ficción legal que el acto de silencio supone, restringiendo la ficción del acto a la posibilidad de su impugnación, pero negando su entidad de acto real a efectos de poder considerar el posterior acto expreso como de confirmación del de silencio, me parece esencialmente distinto del problema de si la impugnación directa del acto de silencio, aunque éste obedezca simplemente a una ficción legal, puede verse temporalmente limitada por la ley, y si el concreto límite establecido en la actualmente vigente (artículo 46.1 Ley 29/1998) es constitucionalmente admisible.”

En el Voto particular se reconoce que no en todas las Sentencias (dice “en varias”) se recurrió el acto expreso de ejecución. Así, la STC 6/1986 se refería a la interposición extemporánea del recurso de alzada (artículo 122.4 LPA) presentado contra la desestimación tácita del previo recurso de reposición. Y en la STC 63/1995 se declaró la nulidad de la resolución judicial impugnada, que había declarado inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por concurrir la causa prevista en el artículo 82.c) LJCA 1956 (la Sala de lo Contencioso-Administrativo entendió firme, por consentido, el “acto” impugnado —el silencio administrativo negativo— dada la caducidad del plazo para la interposición del recurso de alzada frente a la denuncia de mora). En las otras tres Sentencias sí se recurrió el silencio negativo, aprovechando el acto expreso posterior de ejecución⁴⁴.

Por lo demás, no parece muy afortunada la referencia de “actos administrativos de silencio” (error conceptual en el que incurre también el Tribunal Constitucional), pues es unánimemente aceptado que el silencio negativo no es un acto —obviando, evidentemente, el paréntesis de la regulación inicial de la LRJPAC—⁴⁵.

(44) Según el Tribunal Constitucional, el recurso en tiempo y forma contra el acto de ejecución reabre los plazos de impugnación del acto resolutorio de que trae causa. En este punto concreto, aunque la doctrina del Tribunal Constitucional se ha desarrollado en el ámbito tributario, conviene subrayar que tiene vocación de generalidad al ser aplicable al resto del Ordenamiento Jurídico Público. El punto de arranque se produjo con la STC 204/1987 y vino confirmada por las SSTC 188/2003 y 220/2003.

(45) El silencio negativo, como señala VILLAR PALASÍ (“El silencio...”, ob. cit., pág. 155) surge de la inactividad de la Administración, encontrándonos, en consecuencia, ante un “no-acto” que, como tal, no puede generar consecuencia jurídica alguna. Así lo entiende también el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 19 de julio de 1997 (RA 6732): “en los supuestos de silencio administrativo, el denominado *acto presunto* no es sino una ficción porque realmente no existe tal acto administrativo”.

Congruentemente con la propia naturaleza jurídica del silencio negativo (que no es productor de un acto), como dice GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (“¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?”, RAP, núm. 163, enero-abril 2004, págs. 164-165), no puede considerarse aplicable la doctrina del acto consentido, lo que significa que no podrá oponerse al interesado el no haber recurrido la producción de efectos del silencio negativo como excusa para considerar firme lo que en realidad constituye una mera ficción y nunca un acto. Pueden consentirse los actos, pero no lo que es un “no-acto” o ficción legal.

En este sentido, la STS de 9 de marzo de 1995 (RA 2464) y las SSTC 204/1987, 188/2003 y 220/2003.

Hay, sin embargo, una diferencia muy importante en el caso que resolvió el Tribunal Constitucional respecto de los anteriores. En las otras Sentencias, el Tribunal Constitucional decidió sobre relaciones bilaterales entre Administración y recurrente (en la mayoría de los casos relación contribuyente-Administración tributaria). En cambio, el supuesto resuelto por la STC 14/2006 se refería a relaciones triangulares; es decir, a los casos en que hay dos o más interesados con posiciones contrapuestas (por ejemplo, celebración de unas oposiciones en las que el nombramiento del opositor es recurrido por el suspendido). Si se presta atención, el caso versaba sobre el recurso de reposición interpuesto por dos comunidades de propietarios por el que se solicitaba la declaración de ilegalidad y nulidad de la licencia de obra concedida a una empresa. Precisamente, la sociedad beneficiada de la licencia postulaba la desestimación de la demanda de amparo, argumentando que la seguridad jurídica impide que quien ha obtenido un acto administrativo favorable se halle eternamente pendiente de la impugnación de un tercero: “También puso de manifiesto la existencia de otros valores constitucionales en juego, ‘como la propia seguridad jurídica de quien ha obtenido un acto administrativo favorable y legal y que no puede estar eternamente pendiente de la impugnación de un tercero’.”

En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA entendió que la doctrina del Tribunal Constitucional se debía aplicar también aunque existiesen terceros beneficiados por el silencio negativo porque, a su juicio, ante ese conflicto de intereses particulares la balanza debe inclinarse a favor del peticionario o recurrente más directamente perjudicado por la inactividad de la Administración (el recurrente que no obtuvo contestación a su recurso), sin perjuicio de las vías de reacción que el otro particular (por ejemplo, el opositor aprobado) pueda utilizar frente a la Administración, “tanto desde la perspectiva de ‘incentivarle’ para que conteste el recurso interpuesto por el opositor suspendido como para reclamar, en su caso, por los daños y perjuicios que eventualmente hubiera podido sufrir”⁴⁶.

Nosotros, en cambio, entendimos que la doctrina del Tribunal Constitucional se debería aplicar sólo cuando existiesen relaciones bilaterales entre administrado-Administración, entre otras razones, porque la doctrina del Tribunal Constitucional se había construido, esencialmente, en el ámbito tributario, respecto a relaciones entre contribuyente y Administración tributaria. Nos inclinamos por dar preferencia al principio de seguridad jurídica, desterrando la aplicación de plazos indefinidos cuando hubiese terceros que se vieron beneficiados por el silencio desestimatorio; eso sí, “dejando claro que la postura contraria es igualmente defendible y que la última palabra para esta asignatura pendiente la tendrá el Alto Tribunal”⁴⁷. La STC 14/2006 se decanta por la primera de las posturas, aunque han aparecido también votos discordantes en su seno.

El Voto particular añade un cuarto razonamiento. Entiende que si la finalidad del silencio negativo es permitir el recurso, al establecerse tal posibilidad por el Legislador, aunque limitada en el tiempo, no existe inmunidad de la Administración:

(46) “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?”, ob. cit., pág. 168.

(47) “La inexistencia de plazo para recurrir en el ámbito tributario en caso de silencio administrativo negativo: una doctrina aplicable al resto del ordenamiento jurídico-público”, *Forum Fiscal*, septiembre-octubre 2004, págs. 66-67; también en *Forum Fiscal de Gipuzkoa*, septiembre 2004, págs. 57-58.

“Frente a lo que se dice en FJ 3 ..., no creo que se desvirtúe ‘la finalidad de la institución del silencio administrativo’, ni que la fijación de un plazo para recurrir el acto de silencio en vía contencioso-administrativa transforme ‘en una posición de ventaja lo que es, en su origen, el incumplimiento de un deber de la Administración’.

Me parece conceptualmente no rigurosa la afirmación de que se transforme en una posición de ventaja para la Administración lo que es en su origen el incumplimiento de un deber. No veo que pueda considerarse ventajoso que el hecho (indudable y merecedor de la máxima censura) del incumplimiento de deber se tome por el legislador como acto impugnabile, que es precisamente en lo que consiste la ficción legal del silencio. Ni veo tampoco cómo la omisión de un pronunciamiento sobre el fondo en el recurso contencioso-administrativo de un acto por silencio por inobservancia del plazo del recurso, desvirtúe ‘la finalidad de la institución del silencio administrativo’.

Creo que la finalidad de tal institución es precisamente la de *posibilitar el recurso* contra el resultado real de lo que es en sí un incumplimiento por la Administración del deber de dictar un acto expreso⁴⁸. Hacer en definitiva vulnerable la posición de la Administración, en lo que no veo precisamente una posición de ventaja de aquélla. Pero posibilitado así el recurso contencioso-administrativo (para cuya interposición se establece un plazo tres veces superior al del recurso contra el acto expreso, lo que alarga comparativamente en el tiempo de modo muy sensible la vulnerabilidad de la Administración), que el recurso posible se someta a un plazo legal me parece perfectamente compatible con la finalidad de la ficción legal del silencio. Establecido el plazo legal, que su inobservancia justifique ‘la omisión de un pronunciamiento sobre el fondo’ en el recurso contencioso-administrativo, me parece que nada tiene que ver con ‘la finalidad de la institución del silencio administrativo’; y que al propio tiempo es absolutamente conforme con el artículo 24.1 CE.

Al propio tiempo no me resulta compatible la afirmación (...) de que la negativa de la Administración al cumplimiento de su deber permita que ésta ‘quede inmune al control jurisdiccional plenario que viene exigido por el artículo 106.1 de la Constitución’. Una inmunidad tal sería, en efecto, contraria al artículo 106.1 de la Constitución, si no se hubiera previsto y regulado la posibilidad del recurso; pero no creo que pueda hablarse de inmunidad de control, cuando el recurso posible se frustra por indiligencia del que pudiera imponerlo. De ver en tal caso una inmunidad, con el mismo fundamento podría

(48) Como advierte VILLAR PALASÍ (“El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob. cit., págs. 154-155), toda petición o recurso formulado por el interesado ante la Administración, tiene como finalidad obtener de ésta una contestación que resuelva la pretensión deducida en dicha petición o recurso. Puede que la Administración deje transcurrir el tiempo sin emitir voluntad alguna con respecto a lo pedido por el particular. Si el legislador no hubiese arbitrado una solución, el administrado se encontraría en una situación de indefensión al verse impedido de acudir a los Tribunales como consecuencia de la inactividad de la Administración. Consciente de este problema, la Ley creó una ficción que se conoce como silencio negativo o desestimatorio.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

afirmarse de la situación resultante de la frustración del recurso contencioso-administrativo por transcurso del plazo contra un acto expreso”⁴⁹.

Este razonamiento olvida que la Administración sí puede quedar inmune al control jurisdiccional porque, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, si el particular confía en que la Administración cumpla con su obligación legal de resolver expresamente y no lo hace, el plazo *legal* de recurso habría precluido⁵⁰: “Por esa razón, en los casos de silencio no debería limitarse ni a un año ni a más el plazo de acceso a la vía contenciosa. La invocación a la seguridad jurídica y a los peligros de una pendencia indefinida de las situaciones no es más que un argumento falaz, ya que esa pendencia e inseguridad son únicamente atribuibles a la Administración que incumple el deber, que la Ley le impone, de resolver expresamente en todo caso y por ello no puede traducirse, como de hecho se traduce, en un perjuicio para el administrado, que si, confiado en la opción que la Ley ofrece, espera que se produzca una resolución expresa, puede perder el plazo de un año de acceso al contencioso”⁵¹.

VII. CONCLUSIONES FINALES

Aparte de en la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo se apoya en dos pilares para afirmar la inexistencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo: a) la redacción del artículo 46.1 LJCA, que se refiere a los actos presuntos (“la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se hace en la LRJ-PAC y PL lo configura como una ficción y no como un acto presunto”); y b) el incumplimiento del deber de información del artículo 42.4.2º LRJPAC.

El primer fundamento tiene su origen en la doctrina más autorizada. En la siguiente edición de su Curso a aprobarse la Ley 4/1999, de 13 de enero, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirmaron de forma rotunda que “la nueva LJ, a pesar de que su tramitación parlamentaria ha coincidido en el tiempo con la Ley de reforma de la LPC, ha ignorado ésta y ha establecido los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo a partir de la regulación del silencio contenida en la Ley reformada, fijando para los casos de inexistencia de resolución expresa un plazo de seis meses, que se contará —dice el artículo 46.1— ‘a partir del día siguiente a aquel en el que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto’, incurriendo de este modo en el mismo error que cometió en su día la Ley jurisdiccional precedente y agravándolo incluso, puesto que reduce a la mitad el

(49) Finalmente, el Voto particular termina reconociendo que resulta de muy difícil explicación la diferente consecuencia que prevé la legislación para las notificaciones defectuosas (que dejan en manos del interesado el *dies a quo* del artículo 46.1 LJCA) y el silencio administrativo, en que el administrado no tiene margen de disponibilidad del *dies a quo*.

(50) Obviando la línea jurisprudencial que permite al administrado reiterar la petición (cuando se esté en vía de petición) y ante el nuevo silencio, abrir un nuevo plazo de recurso; o la posibilidad de solicitar a la Administración que resuelva el recurso administrativo interpuesto y que tiene pendiente de resolver, con el fin de reabrir plazos para el caso de que se guarde nuevamente silencio.

(51) Curso de Derecho Administrativo, II, 2ª edición, 1990, pág. 546.

plazo de un año que estableció el artículo 58 de ésta. Este error puede y debe ser recogido, a nuestro juicio, por la jurisprudencia, ya que la nueva LJ tiene que ser ahora interpretada en el marco sistemático del texto vigente de la LPC, teniendo en cuenta, por tanto que el silencio negativo no tiene ya la consideración de acto presunto y que ha vuelto a ser configurado como una simple ficción de efectos estrictamente procesales que la Ley permite utilizar libremente al interesado en su propio y exclusivo beneficio si no desea esperar a que la Administración tenga a bien dictar la resolución expresa a la que, en todo caso, viene obligada. Debe, pues, entenderse que *el plazo para impugnar en la vía contencioso-administrativa el silencio negativo de la Administración permanece abierto sin limitación en tanto ésta no resuelva expresamente y que el plazo de seis meses que establece el artículo 46.1, in fine, LJ es aplicable sólo en los casos de silencio positivo, ya que sólo en éstos estamos en presencia del acto presunto al que el citado precepto hace referencia*⁵².

A nuestro juicio, esta interpretación literalista del artículo 46.1 LJCA que acoge el Tribunal Supremo debe ser descartada. Tanto la interpretación histórica y contextual, como el espíritu y finalidad de la norma conducen a la conclusión de que, al utilizar la expresión “acto presunto”, el precepto se refería (y lo sigue haciendo, aunque de forma incorrecta) tanto al silencio positivo como al negativo. En efecto, alude al silencio positivo porque además de al “solicitante” menciona a “otros posibles interesados”. Pueden existir terceros interesados en recurrir el silencio positivo (por ejemplo, en pura hipótesis, que por silencio positivo se haya concedido una exención tributaria, cuyo otorgamiento perjudicará a una empresa competidora, recurriéndolo). No obstante, normalmente el silencio afectará al “solicitante”, en cuyo caso, si se recurre, estaremos en presencia de silencio negativo al no tener sentido que se recurra lo que se ha conseguido por silencio positivo.

El que el artículo 46.1 LJCA se refiera al “acto presunto” tiene su explicación. El artículo 44.1 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 18 de julio de 1997⁵³ (actual artículo 46.1 LJCA), presentaba un defecto técnico porque aludía al momento en que el acto se entendía presuntamente desestimado, cuando lo que se desestima no es el acto sino la solicitud. Decía así el artículo 44.1 del Proyecto:

“El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo anterior se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, el acto pueda entenderse presuntamente desestimado.”

(52) Curso de Derecho Administrativo, I, 9ª edición, 1999, págs. 591-592. Igualmente en la 12ª edición, 2004, págs. 607-608 (la cursiva es de esta última edición). GARCÍA DE ENTERRÍA (“La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 LJ de 1998. Un Auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 1999 (recurso 261/1999)”; REDA, núm. 105, 2000, págs. 131-132) llegó incluso a defender que la Ley 4/1999 derogó el artículo 46.1, in fine, LJCA.

(53) BOCG, Serie A, núm. 70-1 (VI Legislatura).

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

El precepto presentaba dos defectos técnicos. Aludía a la desestimación del acto y se refería sólo al silencio negativo sin incluir también el positivo, lo que resultaba incongruente con la referencia a “otros posibles interesados”, que pueden recurrir el silencio positivo del que se beneficia un tercero. En el Informe de la Ponencia, de 10 de marzo de 1998⁵⁴, se dio solución a estos dos defectos, ampliando, además, el plazo para recurrir a seis meses⁵⁵. El artículo 44.1 pasará ya a disponer –redacción que mantiene la LJCA– que:

“(…) Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”

El origen de este cambio de redacción se halla en la Enmienda núm. 5 al Proyecto, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)⁵⁶, con la Motivación de que no es el acto lo que se desestima presuntamente, sino la solicitud, y que la referencia a “otros posibles interesados” tiene su razón de ser respecto al silencio positivo (al que, recordemos, no aludía el precepto del Proyecto):

“ENMIENDA. Al artículo 44.1. De modificación. Sustituir la locución del inciso final: ‘el acto pueda entenderse presuntamente desestimado’, por la siguiente: ‘se produzca el acto presunto’.”

“MOTIVACIÓN. Amén de que no es el acto lo que se desestima presuntamente, sino la solicitud, la referencia a ‘otros posibles interesados’ cobra su sentido principal, sino único en relación con los supuestos de silencio administrativo positivo”⁵⁷.

Atendiendo a la redacción del Proyecto, como a su posterior modificación incluyendo la expresión “actos presuntos” con el fin de incluir también el silencio positivo, parece claro que la voluntad legis fue establecer un plazo para recurrir el silencio administrativo, tanto el negativo como el positivo. Lo único que sucedió fue que en aquella fecha (24 de noviembre de 1997) el Legislador no pudo prever la posterior modificación del régimen del silencio.

Un segundo argumento que descarta que el artículo 46.1 LJCA se refiera exclusivamente al silencio positivo es que habla de “solicitante”. Sólo tiene sentido que éste interponga recurso contencioso-administrativo cuando su solicitud fue desestimada y no cuando fue estimada⁵⁸.

(54) BOCG, Serie A, núm. 70-9 (VI Legislatura).

(55) Nótese que en el Proyecto el plazo era el mismo que existía para recurrir el acto expreso: 2 meses.

(56) Texto de las enmiendas e índice, BOCG, Serie A, núm. 70-8, de 24 de noviembre de 1997 (VI Legislatura).

(57) Que la enmienda fue aceptada nos lo confirma las palabras de la señora URÍA ECHEVARRÍA, del Grupo parlamentario Vasco en la Comisión (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VI Legislatura, núm. 403, 11 de marzo de 1998): “me adentraré ya en las enmiendas concretas que le quedan a mi grupo en esta parte. La enmienda número 5 ha sido aceptada y hacía referencia simplemente a una mejora técnica”.

(58) En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (“¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio...”, ob. cit., pág. 165): “Es evidente que cuando alude a “actos presuntos” se está refiriendo fundamentalmente al silencio negativo, supuesto en que el solicitante o el recurrente tendrá interés en impugnar la denegación o desestimación de su

El tercer argumento favorable a que el artículo 46.1 LJCA contempla también el silencio negativo es que el apartado 4º del mismo precepto prevé expresamente para el recurso potestativo de reposición que el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo se contará desde el día siguiente a aquel en que éste debe entenderse presuntamente desestimado; o sea, desde que se produjo el silencio administrativo negativo. Este apartado 4º fue introducido en el Dictamen de la Comisión de 23 de marzo de 1998⁵⁹ como apartado 3 bis al artículo 44 del Proyecto, atendiendo a la Enmienda número 292 del Grupo Socialista⁶⁰ con la motivación de “suplir una omisión del Proyecto cuando el acto fuere presunto”⁶¹.

Un cuarto argumento que elimina la tesis de que la LJCA no establezca plazo para recurrir el silencio negativo viene dado por la redacción del artículo 117.1 LRJPAC, redactado por la Ley 4/1999. No habla de silencio negativo, sino de “acto presunto”, tanto para el solicitante como para otros posibles interesados. El precepto fue redactado teniendo en cuenta la nueva concepción del silencio negativo. En relación al artículo 117.1 LRJPAC, relativo al recurso de reposición, CANO CAMPOS destaca que “aquí la Ley no habla de silencio, sino de acto presunto, por lo que podría entenderse que sólo se establece plazo para el silencio positivo, único que ahora (...) puede calificarse de acto presunto. Pero si el artículo 117 sólo se refiere al silencio positivo, ¿tiene sentido señalar, como hace el precepto, que el plazo para recurrir en ese caso se computa también para el ‘solicitante’? No parece muy lógico que se prevea la posibilidad de que recurra, y se le señale un plazo para ello, quien puede entender estimado por silencio lo que ha solicitado a la Administración”⁶².

El artículo 117.1 LRJPAC tiene su origen en el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 18 de marzo de 1998⁶³, que establecía:

solicitud o recurso”.

(59) BOCG, Serie A, número 70-10 (VI Legislatura).

(60) BOCG, Serie A, número 70-8, Texto de las enmiendas e índice, de 24 de noviembre de 1997 (VI Legislatura).

(61) Del debate de la Comisión de Justicia e Interior (Sesión de 11 de marzo de 1998, Diario de Sesiones, número 403) se desprende que, al introducir esta previsión específica sobre el entonces inexistente recurso de reposición (potestativo y previo al contencioso-administrativo porque el que se interponía en materia de tributos locales era previo al contencioso, pero preceptivo; y el estatal en materia tributaria es potestativo, pero previo a la reclamación económico-administrativa), se tuvo en cuenta el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992. Así, el señor LÓPEZ-MEDEL, del Grupo Popular, decía que: “(...) sobre la introducción de recursos de reposición con carácter potestativo (...) Por eso somos partidarios de establecerlo, pero donde debe ser, que es precisamente en la modificación de la Ley 30/1992. En este sentido quiero recordar que hace escasamente 15 días, tras un trabajo intenso de más de un año del Ministerio de Administraciones Públicas, se ha remitido a esta Cámara un proyecto de ley de modificación de esta Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, donde se reintroduce el recurso de reposición con carácter potestativo (...) vamos a apoyar la incorporación parcial de la enmienda 292, del Grupo Socialista, pero referida sólo al apartado 3 bis, del artículo 44, lo que se refiere a la necesidad de fijar en esta Ley cuál es el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo en el supuesto de que hubiese existido un recurso de reposición con carácter potestativo, ya que, tal y como hemos dicho antes, debe venir regulado con carácter general por la Ley de Régimen Jurídico, sin perjuicio de que el plazo judicial se establezca en esta Ley”.

(62) “Silencio administrativo...”, ob. cit., págs. 260-261.

(63) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, número 109-1 (VI Legislatura).

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

“El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes. Transcurrido dicho plazo únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.”

Este artículo fue objeto de enmienda (núm. 94) por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU)⁶⁴, proponiendo la siguiente redacción (redacción actual):

“El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos únicamente (...)”.

La Justificación fue la siguiente: “Deben preverse los plazos para la interposición de recursos en los supuestos de *desestimación* por silencio administrativo”. Es decir, pese a que el artículo se refiere incorrectamente a “acto presunto”, el Legislador estaba pensando en el silencio negativo.

El que el artículo 46.1 LJCA —como el artículo 117.1 LRJPAC— siga refiriéndose al “acto presunto” no significa que se aplique sólo al silencio positivo, sino también al negativo. No se trata más que de un *lapsus* del Legislador, un error conceptual que debe ser superado mediante la adecuada utilización de los criterios hermenéuticos. Las interpretaciones meramente literales resultan nefastas para la adecuada aplicación del Ordenamiento Jurídico. Basta para comprobarlo, la incomprensible actitud que han mostrado los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en la lucha contra los negocios en fraude de ley, pues ateniéndose a una interpretación puramente literal de la Ley, han reducido prácticamente a la nada la aplicación de la figura del fraude de ley en el ámbito del Derecho Público, quedando inmunes estas graves (seguramente, las más graves) transgresiones del Ordenamiento Jurídico. Hay que recordar con PÉREZ ÁLVAREZ que en el artículo 3.1 CC se distinguen lo que son cánones de interpretación de lo que constituye (por eso, se utiliza la expresión “atendiendo *fundamentalmente*”) el objeto de la labor hermenéutica: el espíritu y finalidad de la norma. Aunque el precepto configura el sentido propio de las palabras (elemento gramatical) como el canon del que debe partir la labor interpretativa, la consideración del sentido propio de las palabras se complementa con el empleo de otros elementos que habrán de ser puestos en relación con este criterio: el contexto (elemento sistemático), los elementos histórico y legislativos (canon histórico) y la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (elemento sociológico)⁶⁵. Parece claro que, atendiendo al criterio teleológico, que es lo que tiene que descubrir el intérprete, en relación a los antecedentes legislativos (trámites parlamentarios que hemos analizado) y el contexto (artículos 46.4 LJCA, 48.2, 115.1 y 117.1 LRJPAC), la interpretación literal de la noción “acto presunto” debe quedar superada, entendiendo que cuando la Ley Jurisdiccional establece plazos de recurso frente a él, alude también al silencio negativo. Es indiscutible que el Legislador establece plazos de recurso frente al silencio desestimatorio

(64) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de junio de 1998, número 109-11 (VI Legislatura).

(65) Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil, Aranzadi, 1994, pág. 66.

porque la propia LRJPAC al reformar los artículos 115.1 (recurso de alzada) y 117.1 (recurso de reposición) mediante la Ley 4/1999 así lo establece. El artículo 117.1 ya lo hemos analizado. El artículo 115.1, al referirse al “solicitante” está aludiendo tácitamente al silencio negativo: “Si no lo fuera [acto expreso], el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo”. Y añade que si no se recurre, se producen estas fatales consecuencias: “Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos”. La importancia de este precepto radica en que, si se aplica en su literalidad, la no interposición del recurso de alzada dentro de los tres meses siguientes a la producción de efectos del silencio negativo impide posteriormente acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber quedado “firme” la producción de efectos del silencio negativo, y no haberse agotado, en definitiva, la vía administrativa⁶⁶. También después de la reforma de 1999, el Legislador ha establecido plazos legales de recurso frente al silencio negativo, de lo que es buena muestra la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003⁶⁷. Pero hay un argumento incontestable de que la LRJPAC ha pretendido establecer plazos de recurso y es su artículo 48.2, redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que dice: “Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán (...) desde el día siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo”. Es decir, viene a reconocer que también frente al silencio negativo se establecen plazos de recurso porque establece cómo se computa el día a quo.

Respecto al argumento que utiliza el Tribunal Supremo del incumplimiento de la obligación de informar al interesado de los extremos del artículo 42.4.2º LRJPAC⁶⁸, parece un argumento rebuscado y es, desde luego, peligroso al constituir un arma de doble filo. Parece un argumento rebuscado porque, como señala REBOLLO PUIG⁶⁹, con su extraordinaria lucidez y claridad, no se establecen las consecuencias de la omisión de la comunicación ordenada en el artículo 42.4.2º⁷⁰. Y es un razonamiento peligroso porque interpretado, a

(66) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “¿Existe plazo...”, ob. cit., pág. 158. Nótese que el artículo 117, para el recurso de reposición, no establece esta rigurosa consecuencia y la explicación es, como señala GONZÁLEZ PÉREZ (*Manual de Procedimiento Administrativo*, ob. cit., pág. 343), que el recurso de reposición es potestativo y siempre queda la posibilidad, como señala el artículo 117.1, de interponer el recurso contencioso-administrativo.

(67) Por ejemplo, para la reclamación económico-administrativa, el artículo 235.1 LGT, y para el recurso de reposición potestativo, el artículo 223.1 LGT.

(68) No puede decirse que la doctrina del Tribunal Supremo sea novedosa, porque ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 2002 (JUR 2002/226530) se apoyó en el artículo 42.4.2 LRJPAC para declarar la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto fuera del plazo de seis meses. La Sentencia entiende que:

“Esta información deberá comprender necesariamente, junto con la indicación de que el recurso se entenderá desestimado transcurrido el plazo correspondiente desde la interposición, la indicación de recursos procedentes frente a dicha desestimación por silencio, por ser requisito exigido por el artículo 58 para entender regularmente efectuada la notificación del acto, llevando consigo dicha omisión que la eficacia del acto quede demorada (artículo 57.2) y, por tanto, abierto el plazo de interposición del recurso respecto de cuyo régimen de presentación no se ha informado.”

(69) “El Procedimiento Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza”, en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, (VVAA, coordinador: HINOJOSA MARTÍNEZ), Junta de Andalucía-Comares, Granada, 2000, pág. 339.

(70) Su redacción es la misma que presentaba el Proyecto, por lo que no hemos encontrado en la tramitación parlamentaria explicación adicional alguna.

contrario sensu, puede conducir a la maquiavélica interpretación de considerar que si, aprovechando este deber de información, se informa al interesado de los extremos recogidos en el artículo 58.2 LRJPAC, no se podría recurrir una vez pasado el plazo legal establecido para impugnar el silencio negativo. Según expone CANO CAMPOS, existe una práctica por la Administración, al parecer cada vez más utilizada, que consiste en notificar con carácter previo los extremos que permiten considerar válida una notificación, “de forma que cuando se produzca el silencio por el transcurso del plazo no pueda alegarse que su régimen a efectos de los plazos para recurrir es equiparable a una notificación defectuosa”. Como indica este autor, esta información puede producirse aprovechando el deber de información que establece el artículo 42.4.2 para los casos de solicitudes; incluyendo, además, en la comunicación el recurso pertinente en caso de silencio y el plazo y órgano ante el que interponerlo: “La conclusión a la que se llega es clara: dado que al particular ya se le ha facilitado toda esa información, transcurrido el plazo de resolución sin que la misma se haya notificado al particular, éste ya sabe qué recurso puede interponer, en qué plazo y ante quién, por lo que se puede entender que no sólo conoce el texto íntegro de la resolución (desestimatoria) sino también los demás elementos para entender que se ha producido una notificación válida”. A ello opone CANO CAMPOS que, aun en los casos en que los requisitos formales se conocieran porque la Administración los hubiera comunicado con anterioridad en aplicación del artículo 42.4 LRJPAC, en el silencio negativo subsiste una deficiencia material esencial para el interesado que no se da en el caso de las notificaciones defectuosas: el desconocimiento de las razones por las que no se accede a su solicitud o recurso⁷¹.

En este sentido, es especialmente negativa la referencia que hacen las SSTS de 23 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005 a la palabra “notificación” (se dice que “En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado”). El párrafo segundo del apartado 4 no habla de “notificación” sino de “comunicación” (en dos ocasiones, además) y lo mismo hace la Orden de 14 de abril de 1999, que desarrolla para la Administración del Estado este apartado⁷². Como expone COSCULLUELA MONTANER, “la notificación es un nuevo acto por el que se pone en conocimiento del interesado el contenido de otro anteriormente dictado (resolución o acto de trámite), que le afecta”⁷³. Aunque la distinción entre notificación y comunicación no es muy nítida en el Derecho Administrativo, la norma-

(71) “Silencio administrativo negativo y plazos...”, ob. cit., págs. 278 y ss. Tempranamente MOCHÓN LÓPEZ (“La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el plazo para interponer el correspondiente recurso en los supuestos de silencio administrativo”, *La Ley*, 1999, Tomo II, págs. 1785 y 1786) ya había advertido en tono crítico sobre este riesgo: “Sin embargo, y sin dejar de reconocer los aspectos positivos que presenta esta obligación de información, la nueva regulación del silencio administrativo da a entender que el legislador ha considerado que con el ejercicio de aquélla se legitima el silencio administrativo. El silogismo podría ser el siguiente: como el particular conoce el plazo de resolución y los efectos de su transcurso, puede considerarse que existe una solución preestablecida del procedimiento que ya se ha puesto en conocimiento del particular, por lo que transcurrido el plazo de resolución comenzará a correr el plazo de recurso. Transcurrido este último plazo, sin que se haya deducido recurso alguno, el silencio administrativo será firme a todos los efectos, puesto que las exigencias del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva estarían cumplidas por la información ofrecida por la Administración en el momento inicial del procedimiento”.

(72) Nada menos que en cuatro ocasiones en el Preámbulo y ocho veces en el texto.

(73) *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Thomson-Civitas, 15ª edición, 2004, pág. 385.

tiva y doctrina tributarias en el ámbito de la Inspección sí han sabido desligar ambos conceptos. Como dicen CASADO OLLERO y DE LA PEÑA VELASCO, “las comunicaciones son, pues, la expresión documentada de actos unilaterales de la Inspección (SAINZ DE BUJANDA) dirigidos al obligado tributario o a otras personas, por las que se les informa o hace saber algo requiriéndoles, en su caso, para que cumplimenten lo que se interese. Las comunicaciones, pues, pueden ir dirigidas al entendimiento —puesta en conocimiento del destinatario de una noticia o información— y/o a la voluntad, cuando a través de ellas se requiera un comportamiento o actuación del destinatario”⁷⁴.

A nuestro juicio, el artículo 42.4.2º se refiere simplemente a una comunicación y no a una notificación, en concreto, a las comunicaciones dirigidas a la puesta en conocimiento del interesado de una información⁷⁵.

Por todo ello, no nos parece acertada la identificación que hace el Tribunal Supremo en esas dos Sentencias de la obligación de información del artículo 42.4.2º con la “notificación” pues puede inducir al error de considerar que si se notifican los extremos del artículo 58.2 LRJPAC, el plazo de recurso frente al silencio negativo comenzaría a correr. Hay, sin embargo, algunas referencias en estas dos Sentencias que permiten entender que esa falta de información no es un presupuesto necesario para considerar que el plazo de recurso no ha principiado; que es una garantía adicional para defender la inexistencia de plazo para recurrir el silencio negativo. Ambas Sentencias subrayan que la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 6/1986 y 204/1987) “sigue siendo válida en la actualidad”, pero esta afirmación va seguida de la expresión “por lo que diremos”; esto es, por lo que establece el artículo 42.4.2º LRJPAC, con lo que vuelve a sembrar dudas. De mayor importancia son las palabras de la Sentencia de 4 de abril de 2005 —como dijimos, la Sentencia de 23 de enero de 2004 no pudo prever la doctrina de la STC 220/2003, por desconocimiento—, pues se dice que la posición de “este Tribunal” la sigue acogiendo el Tribunal Constitucional en defensa del principio *pro actione*. En concreto, reitera su siguiente doctrina: “no es posible entender que la resolución desestimatoria presunta de un recurso de reposición, por silencio administrativo de carácter negativo, reúne, en modo alguno, los requisitos formales de que se debe revestir todo acto administrativo (...)”. De esta afirmación parece desprenderse que, aunque aprovechando el deber de información establecido por la Ley 4/1999 se “informase” sobre todos los extremos de la notificación, nunca se llegarían a reunir los requisitos formales de un acto administrativo, por lo que, en definitiva, según la doctrina de la STC 220/2003, no se habría iniciado plazo de recurso.

(74) Voz “Comunicación de la Inspección Tributaria (Derecho Financiero y Tributario)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, 1995, pág. 1255 (la cursiva es nuestra).

(75) En concreto, como dice el Preámbulo de la Orden de 14 de abril de 1999, esta comunicación “sintoniza plenamente con los principios de transparencia y servicio al ciudadano como orientadores de la actividad administrativa”. El Preámbulo insiste también en que se trata de dar información al interesado: “destaca la obligación de la Administración de informar a los ciudadanos acerca del plazo máximo establecido para la resolución y notificación de los procedimientos y los efectos del silencio administrativo en cada uno de los procedimientos en que sean interesados. Dicha obligación se materializa en la remisión al ciudadano de una comunicación en la que consten tales informaciones cuando éste haya presentado la correspondiente solicitud”.

Pero, según el artículo 42.4.2º, ¿cuál es la información que se debe comunicar? Pues, a) el “plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos”, b) “los efectos que puede producir el silencio administrativo” y c) la “fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”. El aspecto más problemático consiste en saber qué se entiende por los “efectos” que produce el silencio. Parece que el mandato persigue que el solicitante tenga la información necesaria para saber con certeza cuándo se produce el silencio y si éste es positivo o negativo. Creemos que está pensando especialmente en el silencio positivo, pues ahora (artículo 43 LRJPAC) el silencio será positivo, como regla general, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (obviando los recursos), salvo que una Ley o una norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario. Parece que pretende que el solicitante pueda acreditar posteriormente el silencio positivo producido. En definitiva, por “efectos” del silencio ha de entenderse simplemente si éste es positivo o negativo y no otras circunstancias (plazo en que interponer recurso, órgano ante el que hacerlo, etc.) Así lo entiende también COSCULLUELA MONTANER: “el legislador se preocupó tempranamente de regular los efectos del silencio administrativo, es decir, de posibilitar el que el interesado pudiera reaccionar frente a ese silencio o de atribuirle efectos directos, considerándolo como un tipo de acto administrativo, el acto presunto. (...) En función de los efectos que se otorgan al silencio administrativo, resultan dos tipos básicos de silencio: el silencio positivo, que es un verdadero acto administrativo, acto presunto, que sustituye plenamente la falta de resolución por acto expreso; y el silencio negativo, que implica la desestimación de la solicitud o del recurso presentado por el interesado, pudiendo interponer el recurso que corresponda contra dicha desestimación”⁷⁶. Pero hay una referencia legal que nos despeja toda duda. La Disposición Adicional Tercera LRJPAC⁷⁷ especifica que los efectos que produce el silencio son estimatorios o desestimatorios: “Reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos (...) con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca”.

En definitiva, el artículo 42.4.2º LRJPAC, como dice GONZÁLEZ NAVARRO, lo que hace es encarecer a las Administraciones Públicas “a que redoblen sus esfuerzos para orientar a los ciudadanos en ese laberinto que es hoy el tema de los plazos de duración de los procedimientos administrativos y, más todavía, el de los efectos –positivos o negativos– del incumplimiento por la Administración de su deber de resolver.

El número 4 es el que contiene ese mandato de específica información, distinguiendo al efecto:

– Una información general, mediante la publicación y actualización de las relaciones de procedimientos, plazos de duración de los mismos, y efectos del “silencio”.

(76) *Manual...*, ob. cit., pág. 357.

(77) Fue redactada por el RD-Ley 14/1993, de 4 de agosto, lo que explica que hable sólo de resolución y no también de su notificación.

– Una información específica, referida al concreto procedimiento que afecta a un interesado determinado”⁷⁸.

Por lo que respecta a la STC 14/2006, el Tribunal Constitucional se refiere continuamente al artículo 46.1 LJCA, que establece un plazo de recurso de seis meses para el “acto presunto”, sin incidir –salvo una simple alusión en la parte final– en el párrafo cuarto del artículo 46 LJCA, que se refiere, como sabemos, al recurso potestativo de reposición. Ciertamente, este apartado únicamente establece el *dies a quo* y no el plazo del recurso, pero aun así hubiese sido oportuno una exégesis elemental de este epígrafe, toda vez que el origen del amparo se hallaba en la interposición de un recurso potestativo de reposición que no fue resuelto expresamente.

La Sentencia considera aplicable “la consolidada doctrina jurisprudencial”⁷⁹ al caso ahora enjuiciado”, lo que “conduce directamente a la estimación del presente recurso de amparo”; precisando que toda la doctrina jurisprudencial constitucional trata de compatibilizar “la fijación de plazos para la impugnación de la ficción que el silencio de la Administración supone con el deber inexcusable de ésta de dictar resolución expresa, tanto en vía de petición como de recurso”. Es decir, el Tribunal Constitucional con toda esta doctrina busca conciliar la obligación legal que tiene la Administración de resolver de forma expresa, tanto las peticiones como los recursos, con la contradictoria obligación legal de establecer plazos de recurso frente al silencio negativo, “ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración” (STC 6/1986). Esta interpretación, que compatibiliza la contradicción normativa, ha permitido “evitar el desconocimiento del principio *pro actione* y el cercenamiento del derecho del interesado a obtener una resolución de fondo”. Esto no puede quedar enervado por una interpretación rigurosa y desproporcionada de un requisito procesal, que “en los supuestos de silencio va unido al incumplimiento de un deber de resolver expresamente”.

La Sentencia, seguramente influida por la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, introduce una nueva argumentación que puede resultar perturbadora para su uniforme jurisprudencial. Relaciona la obligación de resolver expresamente con el mandato de comunicación del artículo 42.4.2º LRJPAC: “(...) el régimen al que ha de sujetarse ‘la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42’, se ha relacionado, por mandato propio de la Ley, dicha obligación con la de información a que acaba de hacerse referencia”; citando seguidamente la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004:

(78) Comentarios a Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 (junto a GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ RIVAS), Civitas, 2000, pág. 242. GONZÁLEZ PÉREZ [“Procedimiento administrativo y proceso administrativo (Ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”, REDA, núm. 99, 1998, págs. 335-336] señaló respecto al artículo 42.4.2 del Proyecto que “no se impone a la Administración que, de forma análoga que cuando se produce la resolución expresa, indique los recursos admisibles, plazos para interponerlos y órgano ante el que debe interponerlos”.

(79) SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003 y 220/2003.

Silencio negativo y plazo para interponer recurso

“relación esta que, por cierto, ha servido en alguna ocasión al Tribunal Supremo (v.gr. en la Sentencia de 23 de enero de 2004,...) para concluir que ‘en tanto las Administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto [el meritado artículo 42.4.2 LPC] se refiere, los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr’.”

Asimismo, de la Sentencia parece deducirse que, cuando el artículo 46.1 LJCA de 1998 estableció un plazo para recurrir el “acto presunto” tuvo en cuenta la legislación anterior, pero que esa previsión normativa no se corresponde ya con la nueva realidad legislativa instaurada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que elimina la identificación del silencio negativo con el acto presunto, volviendo a calificarlo como simple ficción legal: “No es que se esté aquí patrocinando una determinada interpretación del artículo 46 de la Ley Jurisdiccional que (...) corresponde... a la Jurisdicción ordinaria, sino que se está exponiendo simplemente una realidad legislativa que la Ley jurisdiccional de referencia, obviamente, no pudo recoger⁸⁰ al ser anterior a la reforma del instituto del silencio por la Ley 4/1999”. Esta nueva realidad legislativa, a juicio del Alto Tribunal, “puede ser tenida en cuenta en una interpretación *secundum Constitutionem* de aquel precepto legal [artículo 46.1 LJCA] para el caso concreto —como en el supuesto a que se contrae este recurso— en que la Administración, no sólo no haya resuelto expresamente la petición o recurso del interesado, sino que también haya incumplido el deber de información a que se ha hecho indicación con anterioridad”. De nuevo, la Sentencia genera incertidumbre porque, según su tenor literal, se exige no sólo la falta de resolución expresa (y notificación, obviamente) sino también que se incumpla el deber del artículo 42.4.2º LRJPAC. ¿Y si la Administración cumple esa obligación de comunicar? En este caso, ¿no se aplicaría su doctrina jurisprudencial? Hay que reconocer que señalar el plazo de producción del silencio, su sentido, régimen de recursos, etc., en el acto originario recurrido y no resuelto e informar sobre estos extremos aprovechando la obligación establecida por el artículo 42.4.2º LRJPAC son supuestos análogos. En ambos casos, se sigue incumpliendo la obligación de resolver expresamente la petición o recurso y de notificar debidamente esa resolución. Aplicando la doctrina de la STC 220/2003, las consecuencias también deberían ser las mismas: inexistencia de plazo para recurrir mientras no se resuelva expresamente y se notifique correctamente. La Sentencia, al tratar de dar respuesta a esta importante interrogante sigue confundiéndonos: “Sin embargo, cuanto acaba de decirse no significa que no pueda utilizarse otra interpretación cuando no concurra la infracción del deber de información a que se refiere el artículo 42.4.2, reformado de la LPC”. ¿Significa esto que cuando se cumple con el citado deber de información, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el silencio administrativo puede ser distinta? Una interpretación literalista del transcrito párrafo podría hacernos pensar que sí. Pero, entonces, ¿qué sentido tiene reiterar a continuación la doctrina de la STC 220/2003? En efecto, puntualiza que “la misma STC 220/2003, de 15 de diciembre (...) declaró (...) que la citada instrucción de recursos de un acto administrativo no excusa a la Ad-

(80) Sin embargo, a nuestro juicio, si el Legislador de 1998, incluyó en el apartado 4º del artículo 46 LJCA el recurso potestativo de reposición recuperado por la Ley 4/1999, es evidente que sí tuvo en cuenta el Proyecto de Ley de Modificación de la LRJPAC, por lo que ningún obstáculo tuvo para referirse en el apartado 1 al silencio administrativo negativo.

ministración de su obligación legal de resolver el recurso interpuesto, comunicando al interesado ‘la instrucción de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos’.”

Sin embargo, enseguida la Sentencia vuelve a desconcertarnos porque tras “reafirmar la vigencia de la STC 6/1986, de 21 de enero”, lo hace recordándonos que en el caso “la Administración ni resolvió de manera expresa, ni informó a las recurrentes de las consecuencias jurídicas del silencio administrativo negativo, entre ellas, del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo”. Es decir, de nuevo insiste en que no sólo no se resolvió expresamente sino que tampoco se cumplió con el deber de información impuesto por el artículo 42.4.2º [por lo menos insiste en tres ocasiones en esto último: Antecedentes 2.b) y FFD 4 y 5]. Además, parece dar a entender que en la obligación de información se deben (o, por lo menos, se pueden) incluir los extremos que recogía el artículo 79.2 LPA⁸¹. Si así lo hiciera la Administración, pese a no resolver expresamente y notificar, de nuevo debemos preguntarnos si se aplicarían los plazos preclusivos previstos en la legislación para recurrir el silencio negativo. Es cierto que reconoce la vigencia de la doctrina de la STC 6/1986, pero lo hace después de afirmar que: “Por todas estas razones...”, y entre estas razones se encuentra la del incumplimiento del artículo 42.4.2 LRJPAC.

La Sentencia siembra, pues, dudas respecto a los efectos que produce el cumplimiento del reiterado mandato de información. No nos parece lógico atribuir a un precepto que establece una mera obligación de información del sentido del silencio y plazo en que éste se produce las fatales consecuencias de borrar una consolidada y garantista doctrina jurisprudencial. Son seguramente las consecuencias de la nueva doctrina del Tribunal Supremo. ¿Estamos en presencia de una garantía adicional o del derrumbe de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inexistencia de plazo para recurrir en los casos de silencio administrativo negativo?

Como conclusiones generales –dando por supuesto que el cumplimiento del mandato del artículo 42.4.2º (incluso aunque se recojan los extremos del artículo 58.2 LRJPAC) no ha incidido en la jurisprudencia constitucional– de la doctrina constitucional (Sentencias 6/1986 y ss.), cabe destacar con GARCÍA-TREVIJANO GARNICA que la circunstancia de que el campo de aplicación del artículo 24 CE se haya circunscrito al ámbito judicial, y no al administrativo, no impide, como se ha visto, que pueda considerarse vulnerado el referido derecho fundamental cuando la declaración de extemporaneidad de un recurso administrativo interpuesto contra una denegación por silencio administrativo impida, finalmente, acceder ante la jurisdicción contencioso-administrativa; vulnerando, en definitiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 CE, la aplicación por los Tribunales de todo precepto que someta a un plazo perentorio la interposición de un recurso (administrativo, económico-ad-

(81) Nótese que no habla de los efectos del silencio (en general) sino de las consecuencias del silencio administrativo negativo, y, entre ellas, incluye el que se señale el plazo para interponer recurso.

ministrativo o jurisdiccional) contra una denegación por silencio (ya sea en vía de petición o de recurso)⁸². En definitiva, el Tribunal Constitucional ha declarado de forma terminante que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva una interpretación de las normas sobre los plazos para recurrir el silencio administrativo negativo que impida un control jurisdiccional sobre el fondo, cuando es la Administración la que ha incumplido su obligación de resolver de forma expresa las solicitudes y recursos de los ciudadanos. Ahora bien, como dice CANO CAMPOS, la incompatibilidad del actual sistema con la CE no deriva sin más de las previsiones constitucionales, sino del desarrollo que de ella hace el legislador en los artículos 42 y 43 LRJPAC, estableciendo, por una parte, *sine die*, la obligación de la Administración de resolver de forma expresa y sin vinculación alguna a la desestimación por silencio y configurando el silencio como una ficción que permite el acceso a la jurisdicción, por otra. “Es la conjunción de estas previsiones con los postulados constitucionales del Estado de Derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva, la posición vicarial de la Administración y su control pleno por los Tribunales, los que determinan la incompatibilidad con la CE de la preclusión de los plazos para impugnar el silencio administrativo negativo. Dicho de otra forma: lo que es contrario a la CE es que cuando se mantiene una obligación de resolver incluso transcurrido el plazo para ello se beneficie de su incumplimiento el sujeto obligado —la Administración— en perjuicio, precisamente, del particular para cuyo beneficio supuestamente se configura el silencio negativo. Si no se estableciera dicha obligación, es muy probable que una limitación razonable del plazo para recurrir contra el silencio (...) no fuera contraria al artículo 24 CE”⁸³. Lo cierto es que en los términos de la nueva regulación de la LRJPAC, la resolución resulta inexcusable (artículo 42) y la Administración no puede abstenerse de dictarla “so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso”, según precisa el artículo 89.4, que hace suyos los del artículo 1.7 CC⁸⁴ y, por tanto, como dice el Alto Tribunal, mientras la Administración no resuelva —y notifique adecuadamente—, no resultará posible primar su inactividad, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su obligación de resolver. La obligación que pesa sobre la Administración de resolver expresamente y de notificar⁸⁵ no puede convertirse en una trampa para el administrado, que, confiando en que aquella cumpla con ese mandato legal, se encuentre con que la Administración y los Tribunales le inadmitan el recurso que interpuso fuera del plazo legal establecido para recurrir el silencio negativo. Por lo demás, una vez pasado el plazo de recurso, la solución de reiterar la petición o realizar una solicitud para que se resuelva el recurso

(82) “¿Existe plazo...”, ob. cit., págs. 166-167.

(83) “Silencio administrativo negativo y plazos...”, ob. cit., págs. 271-272.

(84) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso... II, 9ª edición, 2004, pág. 514.

(85) Establecida con carácter general en el artículo 42.1 LRJPAC: “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”. Para el Derecho Tributario, con carácter general para los procedimientos de aplicación de los tributos (gestión, inspección y recaudación), en el artículo 103 LGT de 17 de diciembre de 2003: “La Administración tributaria está obligada a resolver expresamente todas las cuestiones que se planteen en los procedimientos de aplicación de los tributos, así como a notificar dicha resolución expresa”.

previamente interpuesto, además de no estar prevista específicamente⁸⁶, se halla superada por la doctrina más autorizada⁸⁷.

(86) A este respecto, GONZÁLEZ PÉREZ (“Procedimiento administrativo...”, ob. cit., pág. 338) subraya que “tanto antes como después de la modificación, como antes de la Ley 30/1992, como siempre, no arbitra procedimientos expeditivos para hacer efectiva la obligación de resolver cuando el administrado, confiado en que se va a resolver su petición, no recurre contra el silencio administrativo y cansado de esperar la resolución expresa decide demandar tutela judicial una vez transcurrido el plazo que empezó a correr al producirse el silencio”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Curso... II, 6ª edición, 1999, pág. 622) defendieron la utilización, en estos casos, del recurso por inactividad: “en el supuesto de acto presunto o por silencio negativo, el plazo (...); pero es importante notar que el transcurso de ese plazo no enerva la obligación de resolver por parte de la Administración, que formula el artículo 42 LPC, salvo caso de caducidad o prescripción, obligación que podrá forzarse por la vía del recurso contra la inactividad de la Administración (artículos 29.1 y 31.1 LJ)”.

(87) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Curso... II, –año 2002–, pág. 636): “en buena doctrina, no existe plazo formal para impugnar las resoluciones producidas por silencio administrativo, al subsistir la obligación de la Administración de resolver expresamente (esta solución parece más razonable que la de intentar forzar la obligación de resolver de la Administración a través de un recurso por inactividad, que se proponía en la anterior edición de esta obra (...))”.

Nuevas medidas de intensificación de la intervención administrativa en la gestión de las aguas subterráneas

BELÉN MARINA JALVO

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Resumen

NUEVAS MEDIDAS DE INTENSIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA GESTIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Los últimos períodos de sequía han agudizado los problemas que afectan de manera especial a determinadas masas de aguas subterráneas. Esta circunstancia ha propiciado algunas reformas normativas que permiten intensificar la intervención pública en la gestión de las aguas subterráneas. El Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, que establece diversas medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, ha incorporado también una serie de previsiones para la reordenación de los derechos de uso de las aguas subterráneas. Una de

estas medidas de reordenación tiene aplicación limitada al territorio del Alto Guadiana, y otorga a los titulares de derechos privados sobre las aguas subterráneas la posibilidad de pasar al régimen concesional. Por otra parte, el Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, amplía las facultades de los Organismos de cuenca para que, a través de sus Centros de intercambio, puedan adquirir derechos de uso de aguas subterráneas que, después, podrán ser destinados a fines de recuperación ambiental de masas de aguas afectadas o podrán ser cedidos a las Comunidades Autónomas.

Abstract

NEW CAUTIONS OF INTENSIFICATION OF THE ADMINISTRATIVE INSPECTION IN SUBTERRANEAN WATERS MANAGEMENT

The last periods of drought have made worse the problems that affect in a special way to certain masses of subterranean waters. This circumstance has propitiated some normative reformations that allow to intensify the public inspection in the management of

the subterranean waters. The RD-L 9/2006, of September 15, that establishes diverse urgent cautions to palliate the effects caused by the drought in certain river basins, has also incorporated a series of forecasts for the reordering of the rights of use of the

subterranean waters. One of these reordering cautions has an application limited to the territory of the High Guadiana, and it grants to the holders of private rights on the subterranean waters the possibility to pass to the concessional regime. On the other hand, the RD-L 9/2006, of September 15, enlarges the powers of the

river basin Organisms so that, through their exchange Centers, they can acquire rights of use of subterranean waters that, later, will be able to be destined to purposes of environmental recovery of masses of affected waters or that will be able to be given to the Autonomous Communities.

Sumario:

I. Nuevas medidas de reordenación de los derechos de uso de aguas subterráneas.

II. Transformación de derechos sobre aguas privadas en concesiones sobre aguas públicas.

A) Breve referencia a la peculiar situación del Alto Guadiana. B) Transformación en concesiones de derechos privados sobre aguas. C) Actuaciones constitutivas de modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento de las aguas subterráneas.

D) Características de la concesión de aguas otorgada por transformación de derechos privados.

III. Adquisición de derechos de uso de agua por los Centros de intercambio.

A) Creación y funciones de los Centros de intercambio de derechos de uso del agua.

B) Las ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua. Condiciones y efectos. C) Destino de los recursos adquiridos por los Centros de intercambio de derechos

de uso del agua. a) La asignación de recursos a objetivos medioambientales. b) Cesión de derechos de uso del agua para fines de interés de las Comunidades Autónomas.

I. NUEVAS MEDIDAS DE REORDENACIÓN DE LOS DERECHOS DE USO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

El Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, adopta medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas.

Tal como indica el citado Real Decreto-Ley, la sequía ha generado en algunas cuencas hidrográficas considerables problemas en el suministro de aguas, tanto para el abastecimiento a las poblaciones, como para las explotaciones agrícolas y ganaderas.

Puesto que el impacto de las condiciones climáticas adversas ha sido especialmente negativo en los regadíos, el Real Decreto-Ley 9/2006 prevé la realización de diversas obras

Nuevas medidas de la intervención en la gestión de las aguas subterráneas

con el fin de lograr un ahorro notable de las dotaciones de agua destinadas a este uso. Igualmente, el Real Decreto-Ley 9/2006 mantiene la exención de las exacciones aplicables a las aguas destinadas a riegos, de modo que se mantenga la rentabilidad de las explotaciones afectadas por la escasez de agua.

Además, el Real Decreto-Ley 9/2006 prorroga la vigencia de diversas medidas excepcionales acordadas con el fin de mitigar las señaladas consecuencias de la sequía. Así ocurre con los Reales Decretos 1265/2005, de 21 de octubre y 1419/2005, de 25 de noviembre, que adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas de los ríos Júcar, Segura y Tajo, y Guadiana, Guadalquivir y Ebro, respectivamente. También resulta prorrogada la vigencia del Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de aguas.

Junto a estas previsiones, el Real Decreto-Ley 9/2006 establece una serie de medidas urgentes de aplicación al Alto Guadiana, puesto que la persistencia de la sequía no ha hecho sino agravar, tal como menciona la norma citada, "(...) la problemática económica, social y medioambiental provocada por la sobreexplotación de los acuíferos de la cuenca del Guadiana". Así pues, con el objeto de garantizar "a corto plazo" la disponibilidad de recursos suficientes para el abastecimiento a las poblaciones, para el mantenimiento en estado adecuado de los ecosistemas y para aliviar tensiones socioeconómicas de la zona, el Real Decreto-Ley 9/2006 incorpora los instrumentos jurídicos precisos para una gestión más eficaz de los derechos de uso de agua, "(...) manteniendo el carácter público de las aguas subterráneas". En este sentido, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006 contempla la posibilidad de que los titulares de aprovechamientos de aguas del ámbito territorial del Alto Guadiana, que a la entrada en vigor del mismo figuren inscritos en el Catálogo de aguas privadas o en la sección C del Registro de Aguas de la cuenca, puedan solicitar en cualquier momento la inscripción de tales aprovechamientos en la sección A del Registro de Aguas, instando el otorgamiento de la concesión correspondiente.

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera faculta a los Centros de intercambio de derechos del uso de agua de las cuencas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 9/2006 a realizar ofertas públicas de adquisición, temporal o definitiva, de derechos de uso del agua, de modo que los recursos así adquiridos puedan ser destinados a "la consecución del buen estado de las masas de agua subterránea o a constituir reservas con finalidad puramente ambiental" o sean cedidos a las Comunidades Autónomas, previo convenio que regule los fines y los usos de las aguas cedidas.

Pese al diverso contenido de las disposiciones mencionadas y al diferente ámbito de aplicación de las mismas, éstas coinciden en la determinación de medidas con significativa incidencia sobre el régimen, los usos y el estado de las aguas subterráneas, mucho más allá de su utilidad como instrumentos orientados a una mayor eficiencia en la gestión de los derechos de uso de aguas en épocas de sequía que, según el tenor literal, es la finalidad declarada por el Real Decreto-Ley 9/2006.

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera faculta a los Centros de intercambio de derechos del uso de agua de las cuencas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 9/2006 a realizar ofertas públicas de adquisición, temporal o definitiva, de derechos de uso del agua, de modo que los recursos así adquiridos puedan ser destinados a “la consecución del buen estado de las masas de agua subterránea o a constituir reservas con finalidad puramente ambiental” o sean cedidos a las Comunidades Autónomas, previo convenio que regule los fines y los usos de las aguas cedidas.

Si bien la sequía agrava los problemas sociales, económicos y ambientales de las cuencas deficitarias y el Real Decreto-Ley 9/2006 se propone paliar los efectos producidos por la escasez de recursos hídricos, en realidad, las medidas reguladas en la Disposición Adicional Segunda y en la Disposición Adicional Tercera de la citada norma, no se agotan en esa situación coyuntural ni constituyen una solución a corto plazo para la misma, sino que tienen carácter definitivo y resultan aptas para hacer frente a problemas estructurales como los que afectan a cuencas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 9/2006. Precisamente por ello, este tipo de medidas, que ya venían siendo sugeridas por la doctrina¹, deberían haber sido incorporadas mediante una reforma más completa y serena de la normativa de aguas.

II. TRANSFORMACIÓN DE DERECHOS SOBRE AGUAS PRIVADAS EN CONCESIONES SOBRE AGUAS PÚBLICAS

A) Breve referencia a la peculiar situación del Alto Guadiana

Respecto de la realidad específica de la cuenca del Alto Guadiana, es preciso recordar, tal como hace el Real Decreto-Ley 9/2006, que la gravedad del estado de sus acuíferos, movió a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, a ordenar la elaboración de un Plan del Alto Guadiana, que debía aprobarse en el plazo de un año siguiente a la entrada en vigor del citado Plan Hidrológico Nacional. De este modo, se habilitó al Gobierno para que regulase las actuaciones necesarias para la sostenibilidad de los acuíferos afectados, que consistirán en:

- a) La reordenación de los derechos de uso de las aguas, para la recuperación ambiental de los acuíferos.
- b) La autorización para la modificación del régimen de explotación de los pozos existentes.

(1) Respecto de la situación peculiar de la Cuenca del Guadiana y de las medidas de posible aplicación en dicho ámbito, vid. L. ORTEGA ÁLVAREZ y F. DELGADO PIQUERAS, “Aspectos jurídicos del estudio de sostenibilidad y optimización del uso del agua en el acuífero del Campo de Montiel”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 27, 2004, págs. 50 y ss.

Desde una perspectiva más amplia, vid. A. EMBID IRUJO, “A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre “Propiedades Públicas”, 2006, págs. 183 y ss.

Nuevas medidas de la intervención en la gestión de las aguas subterráneas

- c) La concesión de aguas subterráneas en casos de sequía.
- d) Otras medidas para el equilibrio hídrico y ambiental permanente de la cuenca.

Por el momento, todavía no ha sido aprobado el Plan Especial del Alto Guadiana², pero sí existe ya un Borrador del mismo, de 22 de septiembre de 2006.

Pertenecen al ámbito territorial del Alto Guadiana los acuíferos del Campo de Montiel (acuíferos 23), de la Mancha Occidental (acuífero 24) y de la Sierra de Altomira. Los dos primeros acuíferos mencionados se encuentran en situación de sobreexplotación formalmente declarada, si bien cada uno de ellos presenta características peculiares. El Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana ha resumido acertadamente la situación de dicha zona señalando que el mantenimiento del buen estado de las masas de agua subterránea es imprescindible para la conservación de espacios naturales como Las Tablas de Daimiel y Las Lagunas de Ruidera, así como para la subsistencia de los cultivos agrícolas dependientes de tales aguas y que, a su vez, sólo la aplicación de medidas de racionalización a la actividad agrícola que desarrolla en este lugar permitirá la superación del desequilibrio hídrico que afecta a algunas masas de agua. La gravedad de estado de las masas de agua del Alto Guadiana y de las implicaciones ambientales, económicas y sociales derivadas es tal que el Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana estima la posible aplicación a este caso de la previsión del artículo 4.4 de la Directiva 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, en cuya virtud cabría una prórroga de los plazos inicialmente establecidos para la consecución de los objetivos ambientales propuestos por la norma europea.

B) Transformación en concesiones de derechos privados sobre aguas

Al amparo de la Disposición Adicional Cuarta del PHN donde, entre otras medidas precisas para alcanzar un uso sostenible de las aguas del Alto Guadiana, se contempla la reordenación de los derechos de uso de esas aguas, el Real Decreto-Ley 9/2006 ha regulado la transformación de los derechos sobre aguas subterráneas privadas en concesiones de aguas públicas, medida que, a su vez, es desarrollada en el borrador de Plan Especial del Alto Guadiana.

En relación con esta reordenación de derechos de uso del agua, es preciso recordar que, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas³, los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías,

(2) El BOE de 5 de febrero de 2004 publicó el anuncio de la Confederación Hidrográfica del Guadiana por el que se somete a información pública el Proyecto de Plan Especial del Alto Guadiana.

Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadiana de 28 de diciembre de 2005, se estableció el Régimen de explotación para el año 2006 de la unidad hidrogeológica de la Mancha Occidental y de un perímetro adicional de la unidad hidrogeológica de la Sierra de Altomira, aplicable hasta la entrada en vigor del Plan reclamado por el Plan Hidrológico Nacional.

(3) Vid., ahora, Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA).

derivados de la Ley de 13 de junio de 1879, podrían inscribirlos en el Registro de Aguas (Sección C)⁴, antes de 31 de diciembre de 1989, disfrutando así del aprovechamiento temporal de tales aguas durante un plazo de cincuenta años contados a partir del 1 de enero de 1986, con derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa al término del plazo indicado.

Por el contrario, los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley de Aguas de 1985 que, en el plazo referido, no hayan podido acreditar sus derechos ante la Administración hidráulica, o que deseen mantener tal situación a perpetuidad deberán declararlos ante el Organismo de cuenca para su inclusión en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca⁵. Es preciso recordar aquí que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, otorgó a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas afectados por lo regulado en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, un plazo improrrogable de tres meses contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley (PHN) para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas de la cuenca. Una vez transcurrido este plazo, no se reconocerá ningún aprovechamiento de tales aguas si no es en virtud de resolución judicial firme.

Basándose en el estado de cosas derivado de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1895, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006 permite a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas del ámbito territorial del Alto Guadiana inscritos en el Catálogo de aguas privadas o en la Sección C del Registro de Aguas solicitar en cualquier momento el otorgamiento de la concesión correspondiente y la inscripción de su nuevo derecho en la sección A del Registro de Aguas.

Pese a tratarse de una previsión aplicable exclusivamente en el ámbito territorial del Alto Guadiana, y sin perjuicio de tratarse de una medida cuya aplicación resultaría igualmente indicada en otras cuencas hidrográficas, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley supone un paso más en la “publicación” de los derechos privados sobre aguas subterráneas, pues permite un cambio inmediato en el régimen de aprovechamiento de las mismas, ofreciendo a los titulares de derechos sobre dichas aguas la posibilidad de adelantar el paso al régimen concesional, antes del cumplimiento del plazo de 50 años previsto por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1985 para la expiración de los aprovechamientos temporales inscritos en la Sección C del Registro de Aguas. Igualmente, los titulares de derechos inscritos en el Catálogo de aguas privadas podrán renunciar a mantener el régimen de explotación del que venían disfrutando para solicitar la oportuna concesión e inscribir sus derechos en la Sección A del Registro de aguas. En todo caso, las concesiones otorgadas al amparo de esta Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006, al igual que ocurre con los derechos de aprovechamiento

(4) Artículo 190.c) del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH).

(5) Artículo 196.1 del RDPH.

Nuevas medidas de la intervención en la gestión de las aguas subterráneas

temporal inscritos en el correspondiente Registro de aguas, también expiran el 31 de diciembre de 2035.

Esta previsión normativa que permite a los titulares de aprovechamientos temporales poner fin a los mismos antes del plazo previsto por la Ley de Aguas de 1985 supone, como es obvio, una intensificación de la intervención administrativa en la gestión de las aguas afectadas. Las medidas de publicación del régimen de las aguas vienen determinadas con carácter general por la necesidad de garantizar una mejor gestión de recursos hídricos, especialmente, en supuestos de escasez y de degradación ambiental de los mismos⁶ y, puesto que son éstos los problemas específicos de la zona del Alto Guadiana, en vía de principio, pueden resultar especialmente indicadas para este caso concreto.

Sin perjuicio de otras medidas adecuadas para la mejora de los acuíferos afectados, que se hayan aplicado ya⁷ o que puedan aplicarse en el futuro⁸, la previsión del Real Decreto-Ley 9/2006 puede contribuir a reducir la dificultad que plantea la gestión de acuíferos sobre los que coexisten derechos de propiedad privada y concesiones de aguas públicas⁹. La uniformidad en las condiciones de uso de las aguas resulta especialmente indicada para la gestión eficaz de los recursos hídricos en épocas de escasez y, en general, para conseguir un uso sostenible de las aguas. Así, en el borrador de Plan Especial del Alto Guadiana se señala que con la transformación de derechos privados existentes en derechos concesionales “(...) se intenta unificar en la medida de lo posible el régimen jurídico de las aguas en este espacio territorial tan sensible, lo que llevará consigo unas posibilidades de intervención más fáciles por parte de la Administración hidráulica y, al tiempo, una protección administrativa efectiva para todos los derechos transformados en concesionales”.

El cambio de régimen de los derechos de aprovechamiento que regula el Real Decreto-Ley 9/2006 tiene carácter voluntario para los titulares de los mismos. No obstante, en principio, es previsible que los titulares de los derechos en cuestión opten por beneficiarse de la protección pública que deriva del paso al régimen concesional. Ni el Real Decreto-Ley

(6) Sobre la progresiva “dominialización” de las aguas, también en los países de nuestro entorno, vid. J.M. DÍAZ LEMA, “Bases para la construcción de un Derecho de aguas europeo”, *RAP*, 169, 2006, págs. 251 y ss.

(7) Mediante la Ley 13/1987, de 17 de julio, se reguló un trasvase de aguas desde la cuenca del Tajo, con el fin de paliar la situación de deterioro que afectaba a las Tablas de Daimiel.

En esta zona se ha aplicado un Programa de ayudas públicas, establecido por Decreto 22/1993, de 2 de marzo, con vigencia hasta el año 2002, para fomentar el ahorro de agua en los regadíos y compensar la consecuente pérdida de rentas.

(8) En determinadas situaciones excepcionales han llegado a adoptarse medidas drásticas como la requisa de derechos sobre aguas privadas. Al amparo del artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, el artículo 6 del Real Decreto-Ley 1/1995, de 10 de febrero, de Medidas de carácter urgente en materia de abastecimientos hidráulicos, autorizó al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, para requisar, de manera temporal y mientras se mantuviesen las circunstancias excepcionales de sequía, los derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales o de pozos y galerías contemplados, respectivamente, en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con el fin de garantizar el abastecimiento público en los lugares en que fuese necesario.

Por su parte, el Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana (artículo 18) también contempla otras medidas tendentes a lograr el equilibrio hídrico y ambiental permanente de la zona, tales como la recarga de masas de agua subterránea, la reutilización de aguas residuales, la gestión de las masas de agua subterráneas no declaradas en riesgo y el control de la actividad de sondeo.

(9) Sobre el particular, vid. A. EMBID IRUJO, *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2002, págs. 23 y 24.

ni el Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana han previsto compensación económica alguna para quienes decidan transformar los derechos de uso de aguas de los que sean titulares. Por analogía con lo dispuesto por el apartado primero de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1985, cabría sostener que el carácter opcional de la alternativa que se da a los titulares de los derechos en cuestión excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración.

Por lo demás, ya en la actualidad el régimen aplicable a los aprovechamientos de aguas privadas y a las concesiones sobre aguas públicas es bastante similar. En ambos tipos de aprovechamientos deben ser observadas las exigencias ambientales impuestas por la normativa vigente, pues, la Directiva 2000/60, no hace distinciones al respecto. Por otro lado, a los aprovechamientos de aguas privadas contemplados por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1985, se les aplican las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en supuestos de sequía grave o urgente necesidad, así como las referidas con carácter general a las limitaciones del uso del dominio público¹⁰. Por último, los titulares de estos aprovechamientos pueden beneficiarse de la posibilidad de suscribir contratos de cesión temporal de derechos de uso de agua a favor de otros usuarios o, en su caso, del correspondiente Centro de intercambio¹¹. En cuanto a la cesión de derechos entre usuarios, el artículo 67 del TRLA permite que pueda ser efectuada por concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas, a favor de otros concesionarios o titulares de derechos de igual o mayor rango¹². Asimismo, el artículo 354.2 del RDPH permite la participación en las operaciones de los centros de intercambio a los concesionarios y titulares de aprovechamientos al uso privativo de las aguas que hayan inscrito sus derechos en el registro de Aguas o en el Catálogo de aprovechamientos de la cuenca. Como se ve, la distancia entre ambos regímenes de aprovechamiento de las aguas subterráneas es mínima y, por tanto, faltaba sólo la previsión normativa que regulase el procedimiento a seguir para la conversión de la transformación de los derechos sobre aguas privadas en concesiones de aguas públicas.

El Real Decreto-Ley 9/2006 no fija un plazo de caducidad para que los interesados puedan hacer uso de la posibilidad de pasar al régimen concesional, pues permite que los titulares de los aprovechamientos en cuestión puedan solicitar “en cualquier momento” la inscripción de sus derechos en la Sección A del Registro de Aguas. La posibilidad de que la opción por el cambio de régimen de aprovechamiento de las aguas pueda ejercitarse *sine die* quizá venga motivada por el hecho de que ni siquiera ha concluido el proceso de inscripción de los aprovechamientos temporales de aguas privadas regulado por la Ley de Aguas de 1985, dado el elevado número de solicitudes presentadas ante la Confederación Hidrográfica del Guadiana¹³. Pero, por otra parte, la previsión de permitir el paso

(10) Vid. apartado 4 de la Disposición Transitoria Tercera del TRLA.

(11) Así se encarga de recalcarlo el apartado 6 de la Disposición Adicional Segunda del RDL.

(12) Vid., en el mismo sentido, artículo 343 del RDPH.

(13) Tal como han señalado L. ORTEGA ÁLVAREZ y F. DELGADO PIQUERAS, “(...) la inseguridad jurídica inherente a la situación actual tampoco favorece a las iniciativas empresariales, con un efecto paralizante sobre el conjunto de la economía de la comarca. Parece muy recomendable, por consiguiente, dar paso a una nueva redefinición de los derechos

al régimen concesional con carácter indefinido pone de manifiesto que esta medida no es un remedio urgente para una situación puntual de sequía, como en principio parece derivar del Real Decreto-Ley 9/2006, sino que se trata de una solución a largo plazo para los problemas de la zona afectada.

A diferencia de lo que suele ser habitual en los Decretos dictados en circunstancias excepcionales de sequía, la medida de transformación de derechos contemplada por el Real Decreto-Ley 9/2006 no tiene eficacia limitada a la pervivencia de una situación más o menos transitoria, sino que, en consonancia con el estado de los acuíferos de la cuenca del Guadiana, tiene carácter definitivo e irreversible. En realidad, aunque tal como señala el Real Decreto-Ley la época de sequía ha agravado los problemas económicos, sociales y ambientales de dicha zona, lo cierto es que dichos problemas, lejos de ser meramente coyunturales, tienen ya carácter estructural y, por ello, sin perjuicio de la efectividad a corto plazo de determinadas medidas urgentes, deben ser abordados mediante la aplicación de medidas definitivas. Teniendo en cuenta que el Programa de Compensación de Rentas sólo ha conseguido una disminución coyuntural de los volúmenes de agua extraídos, y que el período 2000-2006 ha sido especialmente seco, el Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana se hace eco de la necesidad de instaurar una nueva política “(...) que afronte decididamente las causas del problema poniendo en pie un modo de actuación que conduzca una progresiva y permanente mejora de la situación ambiental y, consiguientemente, propicie un horizonte económicamente consolidado y sostenible de la actividad agrícola y económica en el territorio y, por ello, del bienestar de sus habitantes”. Desde este último punto de vista, sin merma de la importancia de la garantía de un uso sostenible de los acuíferos afectados, no cabe obviar la necesidad de acabar con la situación de provisionalidad y de inseguridad jurídica que vienen padeciendo los titulares de derechos sobre dichas aguas. De ahí la conveniencia de una reordenación de derechos que determine el contenido de los mismos de forma definitiva.

C) Actuaciones constitutivas de modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento de las aguas subterráneas

En sintonía con la tendencia a la “publicación” de las titularidades privadas sobre las aguas subterráneas, el Real Decreto-Ley 9/2006¹⁴ se ha ocupado de precisar que actuaciones tales como el “aumento de profundidad o diámetro del pozo, o cualquier cambio en su ubicación” son constitutivas de “modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento” a los efectos de la Disposición Transitoria Tercera del TRLA, de modo que requerirán también una concesión que ampare toda la explotación. En este sentido, según dispone el Real Decreto-Ley 9/2006, quienes opten por seguir disfrutando de los derechos privados o de los aprovechamientos temporales de que sean titulares, únicamente podrán llevar a cabo la limpieza de los pozos existentes, previa autorización por la Confederación Hidrográfica, como única actuación no constitutiva de “modificación

privados de aprovechamiento de agua que sea acorde con el nivel global del aprovechamiento que las características del acuífero y la salvaguarda de los ecosistemas toleran”, *Aspectos jurídicos del estudio de sostenibilidad ...*, op. cit., pág. 44.

(14) Vid. apartado 2 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

de las condiciones o régimen de aprovechamiento”. Como es lógico, el Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana (artículo 16.1) reitera esta previsión.

Aunque resulte criticable la inflexibilidad de la previsión normativa en cuya virtud cualquier modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento de las aguas determinaría necesariamente el paso al régimen concesional¹⁵, no es menos cierto que, en el caso concreto, las actuaciones enunciadas de aumento de la profundidad o diámetro de los pozos, así como los cambios de ubicación de los mismos, podrían propiciar el incremento de los caudales utilizados y, por ello, una modificación efectiva de las condiciones del aprovechamiento. En consecuencia, dada la situación crítica en que se encuentran las masas de aguas subterráneas en el Alto Guadiana, en los casos indicados estaría suficientemente justificada la obligación de solicitar la correspondiente concesión.

D) Características de la concesión de aguas otorgada por transformación de derechos privados

La concesión recogerá las características con las que el aprovechamiento esté inscrito en el Catálogo de Aguas privadas o en la sección C del Registro de Aguas de la Cuenca¹⁶. El régimen de aprovechamiento que podrá mantenerse comprende el uso al que vinieran destinándose las aguas, así como el volumen de agua a utilizar que figure inscrito en el Catálogo de Aguas privadas o en la sección C del Registro de Aguas, siempre que este último resulte ajustado a las dotaciones previstas por el Plan Hidrológico de la cuenca y se estime adecuado por la Confederación Hidrográfica¹⁷. No obstante, cuando la solicitud de concesión vaya referida a acuíferos sobreexplotados con Plan de ordenación de las extracciones, no será posible otorgar un volumen superior al permitido por dicho Plan¹⁸. Debe resaltarse especialmente que la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006¹⁹ excepciona a las concesiones otorgadas a su amparo de la aplicación del apartado primero de la Disposición Adicional Séptima del TRLA, en cuya virtud, en los acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, podrán otorgarse concesiones de aguas subterráneas que permitan su extracción únicamente en circunstancias de sequía constatadas por el Organismo de cuenca y de conformidad con el Plan de ordenación para la recuperación del acuífero. De no ser así, dada la situación de desequilibrio hídrico de las masas de agua del Alto Guadiana, resultaría inviable la transformación en

(15) A. EMBID IRUJO se ha pronunciado sobre la rigidez de las consecuencias derivadas de la expresión normativa “modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento” que, según hemos señalado, determina la necesidad de solicitar una concesión. A juicio de este autor, la variación de las condiciones del aprovechamiento y el paso al régimen concesional es una de las cuestiones necesitadas de una reforma normativa. Según A. EMBID, en este sentido, “(...) no habría inconveniente en permitir –con el adecuado amparo normativo y control de la Administración hidráulica– determinadas modificaciones allí donde las masas de agua subterránea no estuvieran en riesgo ni, además, pudieran ponerse en riesgo por dichas modificaciones, mientras que en las masas de agua subterránea en riesgo y con la necesaria precisión legal también, debería haber una prohibición estricta de tales modificaciones con el consiguiente pase a la situación concesional de aquel que las infringiere”, vid. *A vueltas con la propiedad de las aguas ...*, op. cit., pág. 204.

(16) Vid. apartado 4.b) de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(17) Vid. apartado 4.c) de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(18) Vid. apartado 4.c) de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(19) Vid. apartado 7 de dicha Disposición.

Nuevas medidas de la intervención en la gestión de las aguas subterráneas

concesiones públicas de los actuales derechos sobre aguas privadas que prevé el Real Decreto-Ley²⁰. No obstante, en supuestos de acuíferos sobreexplotados, el Real Decreto-Ley 9/2006 contempla la posibilidad de que la Confederación Hidrográfica pueda aumentar el volumen de derechos reconocidos en las concesiones, cuando mejore el estado de las aguas subterráneas, siempre que esta revisión de las concesiones resulte compatible con los objetivos ambientales previstos por el TRLA y no se estime más adecuado destinar los volúmenes adicionales a fines de interés general²¹.

El aumento del volumen de derechos reconocidos inicialmente en la concesión podrá llevarse a cabo incluso en los casos en que el titular de la misma haya suscrito contratos de cesión temporal de sus derechos de uso de agua o la totalidad o parte de dichos derechos haya sido adquirida temporalmente por el correspondiente Centro de intercambio de derechos de uso de agua²². No parece muy acertada esta previsión de aumento del volumen de derechos objeto de concesión a favor de quienes se supone que no están haciendo un uso efectivo de los mismos, puesto que han hecho uso de la posibilidad de ceder una parte de ellos a otros usuarios o al Centro de intercambio.

Por lo que respecta al procedimiento del otorgamiento de la concesión²³, puesto que el TRLA²⁴ reconoce a los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas un derecho preferente para la obtención de concesión al término del plazo de los cincuenta años inicialmente previstos, el Real Decreto-Ley 9/2006 dispone que dicho trámite de otorgamiento se llevará a cabo sin competencia de proyectos. Por otra parte, si bien el Real Decreto-Ley dispone que la concesión recogerá en lo básico las características con las que el aprovechamiento esté inscrito en el Catálogo de aguas privadas o en la sección C del Registro de Aguas, esto no exime a los interesados de la necesidad de obtener informes de compatibilidad con el Plan Hidrológico de la Cuenca y de la Administración competente en función del uso al que se destinen las aguas. Asimismo, el procedimiento de otorgamiento requiere la práctica de un trámite de información pública, más un informe de la Comunidad de Usuarios, en caso de que exista. Si la resolución del procedimiento no recae y se notifica en un plazo de doce meses, debe entenderse que la solicitud ha sido denegada.

(20) El apartado 1 del artículo 17 del Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana señala que, dadas las circunstancias de déficit hidrológico que afectan al Alto Guadiana, en dicho ámbito, como regla general, no podrán otorgarse concesiones para utilización de las aguas subterráneas más que en los supuestos de transformación de derechos privados en concesionales y en los de "modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento" de las aguas.

No obstante, el apartado 2 de este mismo artículo 17 dispone que, de forma excepcional, "(...) podrán otorgarse concesiones si quien las solicita adquiere, por medio del contrato de cesión de derechos de aguas o a través del centro de intercambio de Derechos de Uso de agua, el porcentaje que sobre el volumen precisado fije la Confederación Hidrográfica. Este porcentaje se determinará en atención a las condiciones técnicas y ambientales que concurren y se dedicará a la recuperación ambiental de las masas de agua subterránea y de los ecosistemas a ellas asociadas".

(21) Vid. apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(22) Vid. apartado 6 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(23) Vid. apartado 3 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 9/2006.

(24) Vid. apartado 1 de la Disposición Transitoria Tercera del TRLA.

III. ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE USO DE AGUA POR LOS CENTROS DE INTERCAMBIO

A) Creación y funciones de los Centros de intercambio de derechos de uso del agua

En los supuestos de situaciones excepcionales de sequía, de sobreexplotación de acuíferos o, en general, de necesidad de asegurar la disponibilidad de los recursos hídricos²⁵, tal como prevé el artículo 71 TRLA, pueden constituirse Centros de intercambio de derechos del uso del agua. La creación de estos Centros permite a los Organismos de cuenca efectuar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua, que después podrán ser cedidos a otros usuarios. A instancia de las Comunidades Autónomas, los derechos adquiridos por los organismos de cuenca también podrán ser destinados a atender fines concretos de interés autonómico.

La operatividad de los centros de intercambio se basa sobre la cesión de derechos de uso del agua o mercados del agua, que constituyen un ejemplo de flexibilidad concesional adecuado para potenciar la eficiencia en el empleo del agua y, por ello, especialmente indicado para luchar contra los efectos de las sequías. De momento, aunque hayan empezado a suscribirse algunos contratos de cesión de derechos de uso del agua²⁶, no es posible efectuar una valoración amplia y objetiva de la utilidad de dicha cesión de derechos —especialmente de derechos para usos de regadío—, pues, por ahora, se trata de una cuestión más teórica que real.

Al amparo del artículo 71 del TRLA, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004, se constituyeron Centros de intercambio de derechos de uso del agua en las Confederaciones Hidrográficas del Guadiana, Júcar y Segura, y se autorizó a estas Confederaciones a realizar ofertas públicas de adquisición de tales derechos.

Según señala el Real Decreto-Ley 9/2006, con el propósito de dar una respuesta ágil a los problemas ocasionados por la sequía, se refuerza la eficacia de los centros de intercambio de derechos de uso del agua, ampliando el ámbito de reasignación de recursos, de modo que este instrumento resulte útil para atender a fines medioambientales o de interés de las Comunidades Autónomas. No obstante, respecto de este último destino posible de los recursos adquiridos por los Centros de intercambio, conviene precisar que ya el artículo 71 del TRLA permitía que las Comunidades Autónomas pudiesen instar a los Organismos de cuenca a realizar adquisiciones de derechos de uso del agua para atender a fines concretos de interés autonómico en el ámbito de sus competencias. Por tanto, el Real Decreto-Ley 9/2006 no hace sino concretar ahora que la cesión de recursos hídricos a las Comunida-

(25) Vid. artículos 55, 56 y 58 del TRLA.

(26) En el año 2004, se firmó un contrato de cesión de derechos de aguas por la Comunidad de Regantes del Canal del Henares a favor de la Mancomunidad de Aguas del Sorbe, en Guadalajara. Por otra parte, el propio Real Decreto-Ley 9/2006 se hace eco de la reserva estratégica efectuada en la cabecera del Tajo por la Mancomunidad de los Canales del Taibilla, mediante contratos de cesión de derechos de agua.

des Autónomas se llevará a cabo mediante convenio en el que se regule la finalidad de la cesión y el uso de las aguas cedidas.

Sin perjuicio de la previsión del artículo 71 TRLA, conviene recordar que también los organismos de cuenca están dotados de la facultad de ejercer un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales objeto de contrato de cesión entre usuarios, “(...) rescatando los caudales de todo uso privativo”. Así lo contempla el artículo 68.3 TRLA²⁷, que parece hacer referencia indistinta al derecho de adquisición preferente y al rescate, siendo así que se trata de figuras distintas y cada una de ellas se rige por su propio régimen²⁸. En cualquier caso, las dudas quedan disipadas por el artículo 349 del RDPH, según el cual, el artículo 68.3 TRLA reconoce al organismo de cuenca un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales objeto de contrato de cesión²⁹.

Sin perjuicio de las distintas opciones contempladas por la normativa para la adquisición de caudales por los organismos de cuenca³⁰, quizá, la falta de práctica en la cesión de derechos entre usuarios impide a los citados organismos el ejercicio de la facultad de adquisición preferente de los mismos, y motiva que los centros de intercambio tengan que decantarse por la oferta pública de adquisición de tales derechos.

B) Las ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua. Condiciones y efectos

En cuanto a los aspectos concretos de la oferta pública de adquisición que pueden efectuar los centros de intercambio, en primer lugar, pueden ser objeto de la misma tanto

(27) Téngase en cuenta que este mismo artículo 68.3 TRLA contempla la posibilidad de que los organismos de cuenca no autoricen las cesiones de derechos de uso de agua que afecten negativamente “(...) al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o si incumple alguno de los requisitos señalados en la presente sección”.

(28) Debe quedar claro que el derecho de adquisición preferente y el rescate constituyen figuras distintas, pues el rescate se rige por la Ley de Expropiación Forzosa. La Administración podría rescatar caudales si constata que el cedente no los necesita y, a su vez, los caudales recuperados podrían ser objeto de nuevas concesiones. Sobre el particular, vid. A. MENÉNDEZ REXACH, “Consideraciones sobre los mercados del agua en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en A. EMBÍD IRUJO (dir.), *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España* ..., op. cit., pág. 75.

(29) El Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua, contempla en su Disposición Adicional Cuarta, relativa a la autorización de transacciones intercuenas, la posibilidad de que la Dirección General del Agua (órgano competente para la autorización de dichas transacciones) pueda ejercer el derecho de adquisición preferente regulado en el artículo 68.3 TRLA.

(30) Por ejemplo, el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, que adopta medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Júcar, Segura y Tajo, y el Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, que adopta medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana, Guadalquivir y Ebro, ambos en su artículo 5 y en idénticas condiciones, facultan a los Presidentes de las Confederaciones Hidrográficas a poner en marcha sondeos para la aportación provisional de nuevos recursos, siempre que sean imprescindibles para obtener caudales suficientes para atender las demandas más urgentes y para mantener los valores ambientales de los ecosistemas asociados, especialmente en las zonas húmedas expuestas a daños ambientales significativos. Dichos sondeos sólo podrán mantenerse en tanto persistan las circunstancias de escasez y, en ningún caso, generan nuevos derechos concesionales.

derechos que tengan por objeto aguas públicas³¹ como derechos sobre aguas privadas, tal como dispone el artículo 354.2 del RDPH³².

El Borrador de Real Decreto para la aprobación del Plan Especial del Alto Guadiana, aunque contempla la posibilidad de que la Confederación Hidrográfica pueda adquirir sistemáticamente derechos de propiedad sobre aguas privadas, sobre derechos de aprovechamiento temporal de aguas y sobre concesiones de aguas públicas y terrenos³³, da prioridad a la adquisición de los dos últimos tipos de derechos mencionados. Dicho con otras palabras, las normas del citado Plan Especial otorgan prioridad en las políticas de adquisición de derechos de uso de aguas por el Centro de Intercambio de esa cuenca, a los inscritos en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas o como concesiones frente a los inscritos en el Catálogo de Aguas privadas.

Por lo demás, si bien el artículo 71.3 del TRLA tan sólo señala que las adquisiciones de derechos al uso del agua efectuadas por los Centros de intercambio deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia, el artículo 355 del RDPH regula con cierto detalle algunos aspectos de la oferta pública de adquisición de tales derechos. Entre otros aspectos, la oferta de adquisición debe concretar el volumen máximo susceptible de cesión y las características de los aprovechamientos que pueden ceder derechos, tales como la calidad del recurso objeto de cesión³⁴.

La oferta pública de adquisición debe fijar también los importes mínimos y máximos de la compensación económica a abonar en concepto de cesión de derechos³⁵. En este sentido, el propio RDPH³⁶ señala que para la determinación de los volúmenes de posible cesión, de las compensaciones procedentes y, en definitiva, para la selección de derechos objeto de adquisición se atenderá, en primer lugar, a la compatibilidad de la cesión con los planes hidrológicos de cuenca y a las prioridades de usos que se pretendan atender tras la adquisición de derechos y, en segundo lugar, al menor coste económico de la ad-

(31) Ahora bien, conviene recordar que, en los supuestos de concesiones sobre aguas públicas, los derechos que podrían adquirir los centros de intercambio serían los relativos a caudales utilizados por los concesionarios, que renuncian a ellos para obtener una compensación económica. De lo contrario, si se tratase de caudales previamente concedidos que no son realmente utilizados, la Administración debería acudir al expediente de revisión de concesiones. Vid. A. MENÉNDEZ REXACH, *Consideraciones sobre los mercados de aguas en España* ..., op. cit., pág. 78.

(32) El precepto citado no deja lugar a duda alguna sobre la participación en las operaciones de los centros de intercambio, mediante la cesión de derechos, de los concesionarios y de los titulares de aprovechamiento al uso privativo de las aguas, siempre que estos últimos tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca.

(33) Vid. artículo 7 del Anexo I del texto del Borrador en el que se recogen las normas del Plan Especial del Alto Guadiana.

(34) Artículo 355.3.a) y b) del RDPH.

(35) Artículo 355.3.c) RDPH.

(36) Artículo 355.3.e) RDPH.

quisición³⁷. Lógicamente, para la determinación de los derechos adjudicatarios se tendrá en cuenta también si los derechos en cuestión disponen de caudales efectivos.

Efectuada la selección de derechos, deberá notificarse la resolución a los adjudicatarios y, por último, se procederá a inscribir la resolución de la oferta en el Registro de Aguas³⁸. A consecuencia de la cesión que los titulares de derechos de propiedad de aguas privadas y de derechos de aprovechamiento temporal sobre aguas privadas hacen a los Centros de intercambio, los recursos objeto de tales derechos pierden su carácter originario y pasan a tener la consideración de bienes de dominio público hidráulico estatal. Puesto que los derechos adjudicatarios de la oferta resultan amortizados, el organismo de cuenca procederá a cancelar las inscripciones de tales derechos en el Catálogo de Aguas privadas o en el Registro de Aguas, según corresponda. Además de las modificaciones registrales señaladas, el organismo de cuenca practicará a su favor las inscripciones que sean necesarias en el registro de Aguas y en el Registro de la Propiedad³⁹.

C) Destino de los recursos adquiridos por los Centros de intercambio de derechos de uso del agua

La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 9/2006 introduce matices significativos en el régimen general de actuación de los Centros de intercambio de derechos establecido por el artículo 71 TRLA. Por un lado, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 355.3.d) RDPH, la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley faculta a los Centros de intercambio a realizar ofertas de adquisición temporal o definitiva de derechos de uso del agua. Por otro lado, como ya se ha avanzado, dicha Disposición permite que los derechos adquiridos puedan ser destinados a la consecución del buen estado de las masas de agua subterráneas o la constitución de reservas con finalidad puramente ambiental, o bien sean objeto de cesión a las Comunidades Autónomas, mediante convenio que determine los usos posteriores de las aguas cedidas.

a) La asignación de recursos a objetivos medioambientales

En cualquier caso, conviene precisar que, si bien el Real Decreto-Ley 9/2006 señala que los recursos adquiridos por los Centros de intercambio podrán destinarse a “la consecución del buen estado de las masas de agua subterránea o a constituir reservas con finalidad puramente ambiental”, mediante esta referencia no se están expresando dos realidades distintas ya que, en los supuestos de sobreexplotación o de déficit hídrico, la garantía del

(37) El Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares que regirán en la oferta pública 1/06 de la Confederación Hidrográfica del Guadiana para la adquisición de derechos de agua en la Cuenca Alta del Guadiana, establece una serie de criterios de preferencia para la selección de aprovechamientos que ilustra adecuadamente sobre el desarrollo práctico de las ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua.

(38) Vid. arts. 80.1) del TRLA y 355.5) y 6) RDPH.

(39) Además de las inscripciones mencionadas, el Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares que regirán en la oferta pública 1/06 de la Confederación Hidrográfica del Guadiana para la adquisición de derechos de agua en la Cuenca Alta del Guadiana, señala que “igualmente la Confederación Hidrográfica podrá realizar, en su caso, las actuaciones oportunas ante el Catastro Inmobiliario para que las tierras en las que, antes de la adquisición por la Confederación Hidrográfica de dichos derechos podía realizarse el riego en base a los mismos, sean consideradas o calificadas como de secano por el Catastro Inmobiliario”.

buen estado de las aguas subterráneas y de sus sistemas asociados no será posible si los derechos de uso del agua amortizados por dichos Centros no se reservan a tal fin.

Respecto de la posibilidad de que los Centros de intercambio puedan adquirir derechos de uso de aguas con carácter definitivo, si bien, como ya se ha señalado, estaba prevista por el artículo 355 del RDPH⁴⁰, cabe señalar que este modo de proceder incide significativamente sobre la naturaleza de los Centros de intercambio, inicialmente configurados como intermediarios entre los usuarios que ceden derechos y los que los adquieren⁴¹.

La adquisición definitiva de derechos de uso del agua puede contribuir significativamente a la recuperación de acuíferos sobreexplotados y, en definitiva, constituye una medida idónea para hacer frente a problemas estructurales y no meramente coyunturales que afectan al estado de las aguas subterráneas. Así, por ejemplo, ésta es una de las medidas contempladas en el borrador de Plan Especial del Alto Guadiana, zona en la que existe un “déficit hídrico estructural”. De hecho, tal como dispone el *Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares que regirán en la oferta pública 1/06 de la Confederación Hidrográfica del Guadiana para la adquisición de derechos de agua en la cuenca alta del Guadiana*, la cesión de derechos ha de realizarse a perpetuidad, con exclusión expresa de las cesiones de carácter temporal.

La reserva de caudales con fines ambientales que el Real Decreto-Ley 9/2006 faculta para realizar a los Centros de intercambio puede contribuir al mantenimiento del caudal ecológico o caudal mínimo⁴², que debe ser garantizado en cauces, masas de agua y acuíferos para evitar su degradación ecológica⁴³. En definitiva, este tipo de medidas⁴⁴ resultan adecuadas para avanzar hacia los objetivos de la Directiva 2000/60, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de acción en el ámbito de la política de aguas, que promueve “un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles”⁴⁵. Esta Directiva obliga a los Estados a proteger las masas, garantizando un equilibrio entre el volumen de extracción y la alimentación de dichas aguas, con el fin de alcanzar su buen estado⁴⁶. Según la Directiva 2000/60, se alcanza

(40) El precepto citado pertenece al Título VI del RDPH, que regula el contrato de cesión de derechos privativos al uso de las aguas. El citado Título VI ha sido introducido por la modificación de dicha norma realizada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo.

(41) Hasta ahora, la labor básica de los centros de intercambio venía siendo la intermediación entre las partes para adquirir o ceder derechos de aprovechamiento de las aguas. Vid. A. MENÉNDEZ REXACH, *Consideraciones sobre los mercados de aguas en España* ..., op. cit., pág. 77; C. VÁZQUEZ, “La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos de agua”, en A. EMBID IRUJO (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 221.

(42) Vid. artículo 59.7 TRLA.

(43) Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, “Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas”, en A. EMBID IRUJO (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas* ..., op. cit., págs. 95-97.

(44) Cuando la situación lo permita, también podrán adoptarse medidas del tipo de las previstas por los Reales Decretos 1265/2005, de 21 de octubre y 1419/2005, de 25 de noviembre, que habilitan a los Presidentes de las Confederaciones Hidrográficas para la puesta en marcha de sondeos, con el fin de obtener aportaciones provisionales de nuevos recursos para satisfacer las demandas más urgentes y aportar recursos destinados al mantenimiento de los valores ambientales de los ecosistemas asociados, especialmente en las zonas húmedas con riesgo de sufrir daños ambientales significativos.

(45) Artículo 1.b) de la Directiva 2000/60.

(46) Artículo 4.b).ii) de la Directiva 2000/60.

el buen estado ecológico de las aguas subterráneas, desde el punto de vista cuantitativo, cuando el nivel piezométrico de la masa de aguas subterráneas es tal que la media de extracción anual no supera, a largo plazo, los recursos disponibles, de modo que no exista riesgo de deterioro de los ecosistemas acuáticos o terrestres asociados (Anexo V)⁴⁷.

Desde otra perspectiva, una reordenación de derechos de explotación de las aguas como la descrita permitiría igualmente mitigar algunos de los problemas económicos y sociales que se plantean en zonas en las que la situación de déficit hídrico es prácticamente constante y condiciona gravemente las expectativas económicas de los usuarios de las aguas, especialmente de aquellos que las destinan a regadíos⁴⁸.

b) Cesión de derechos de uso del agua para fines de interés de las Comunidades Autónomas

Además de la recuperación ambiental de las masas de agua deficitarias, también el Real Decreto-Ley 9/2006 prevé la posibilidad de que los derechos de uso de aguas adquiridos por los Centros de intercambio sirvan para atender también a fines de competencia de las Comunidades Autónomas. Como es sabido, el artículo 71.2 del TRLA habilita a las Comunidades Autónomas a instar a los Organismos de Cuenca a llevar a cabo adquisiciones de derechos de uso del agua para destinarlos después a fines de interés y de competencia autonómica. Ahora, la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 9/2006 ha completado dicha previsión disponiendo que la cesión de tales derechos a las Comunidades Autónomas se haga mediante convenio que especifique los fines y usos posibles de las aguas.

La mencionada referencia al convenio no es sino expresión de principio de cooperación que marca las relaciones entre las distintas Administraciones. En materia de aguas, el Estado tiene competencia exclusiva para legislar, ordenar y conceder los recursos y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas hidrográficas cuyas aguas discurren por varias Comunidades Autónomas (artículo 149.1.22 CE). Por su parte, la defensa de los intereses autonómicos que resulten afectados por la administración de las aguas en las cuencas intercomunitarias puede llevarse a cabo mediante la participación de las Comunidades Autónomas en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidro-

(47) En el Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares que regirán la oferta pública 1/06 de la Confederación Hidrográfica del Guadiana para la adquisición de derechos de agua en la cuenca alta del Guadiana, en cuyo ámbito territorial existen acuíferos declarados sobreexplotados y otras zonas en las que ha sido necesario limitar los aprovechamientos de aguas, se señala que la adquisición de derechos por la Confederación Hidrográfica permitirá la reordenación del aprovechamiento de los recursos hídricos, la racionalización de su utilización, y actuará además como un instrumento útil para potenciar la recuperación efectiva de los niveles piezométricos de las masas de agua subterráneas, mejorando así el estado de las mismas y el de los sistemas acuáticos asociados.

(48) En relación con la realidad específica de la zona de Campo de Montiel, L. ORTEGA ÁLVAREZ y F. DELGADO PIQUERAS han señalado que “la adquisición administrativa de los derechos de uso de agua sería un instrumento de solución definitiva al problema, más eficiente desde el punto de vista del gasto público y menos burocrático. A la vez, permitiría a los agricultores capitalizar el valor patrimonial de los derechos de uso de agua y acometer una reconversión de sus explotaciones o invertir en actividades que dinamicen la economía rural de la zona.

La puesta en práctica de esta medida, en un ámbito geográfico pequeño y con un coste económico igualmente limitado, podría servir de ensayo para una posible aplicación a realidades similares pero de mayor dimensión”, *Aspectos jurídicos del estudio de sostenibilidad ...*, op. cit.

gráficas, de conformidad con lo previsto por la legislación estatal. En casos como este de proyección sobre un mismo recurso natural de títulos competenciales distintos a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la virtualidad del principio de cooperación para evitar interferencias, dispersión de esfuerzos o iniciativas que puedan perjudicar la finalidad perseguida en última instancia por cada una de las Administraciones⁴⁹. Así, en el ámbito que nos ocupa, la cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas podrá ponerse en práctica mediante la creación de instrumentos que permitan articular su actuación sin alterar la titularidad ni el ejercicio de las competencias propias de cada uno de los entes interesados. No obstante, la jurisprudencia constitucional no prejuzga cuál debe ser la técnica mediante la que se articule la cooperación, pues ha venido reconociendo un margen de discrecionalidad en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos⁵⁰. Por todo ello, resulta plenamente indicada la referencia del Real Decreto-Ley 9/2006 al convenio como instrumento de ordenación de la cesión de derechos de uso de agua a favor de las Comunidades Autónomas.

En el caso concreto del Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana se ha dispuesto que, en tanto se mantenga la situación de riesgo de las masas de agua subterránea afectadas, los derechos de adquiridos por el Centro de Intercambio se dedicarán preferentemente a actuaciones ambientales tendentes a la recuperación de los niveles cuantitativos de la masa subterránea y de las masas de agua superficiales asociada a ellas⁵¹. Pero, siguiendo con el ejemplo del Alto Guadiana, igualmente en esta zona es necesario garantizar el abastecimiento a poblaciones, función esta a la que también podrían destinarse los recursos obtenidos por los Centros de intercambio y que, además, es competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

(49) Vid. SSTC 64/1982, 76/1983, 77/1984, 104/1988, 227/1988, 13/1992, 118/1998, 161/1996, 166/2000 y 123/2003.

(50) Vid. SSTC 146/1992 y 68/1996.

(51) Artículos 7.2 y 12 de las normas del Borrador de Plan Especial del Alto Guadiana.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. **2. Principios generales.** **3. Fuentes.** **4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales. a) Tributación de los dividendos de participaciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro. b) Obligación del comprador de un predio rústico de establecer su residencia habitual en el mismo.

1. INTRODUCCIÓN

Si algo se puede destacar del TJCE en estos últimos años es su intensa actividad jurisprudencial. Como es sabido, en 2002 se celebró el cincuentenario del Tribunal de Luxemburgo, y los años posteriores han estado marcados por las mayores ampliaciones de la Unión Europea a veinticinco Estados en 2004, y a 27 desde el 1 de enero de 2007, con la incorporación de Bulgaria y Rumania. Precisamente para hacer frente a esta última ampliación el TJCE adoptó durante el primer semestre de 2006 las medidas necesarias para la aplicación de las modificaciones en su funcionamiento previstas por el Tratado de Niza (en vigor desde el 1 de enero de 2003). Nos referimos a la creación de la Gran Sala, de la elección por tres años de los presidentes de las Salas de cinco jueces y de la posibilidad de juzgar un asunto sin conclusiones del Abogado General cuando no se haya planteado ninguna cuestión jurídica. Asimismo, el TJCE ha empezado a reflexionar sobre la adaptación de sus métodos de trabajo a un número de jueces que, desde la ampliación de enero de 200, son ya veintisiete.

Por lo que respecta a su funcionamiento administrativo, el TJCE ha emprendido todas las medidas necesarias en el ámbito de su organización interna y ha continuado ejecutando a ritmo sostenido amplios proyectos inmobiliarios con el fin de poder responder a la ampliación y disponer de locales para la instalación de los nuevos jueces y colaboradores procedentes de los nuevos Estados miembros.

Si contemplamos la actividad judicial llevada a cabo por el TJCE desde la aparición del primer número de esta Revista (octubre de 1998) hasta el momento de cerrar esta crónica (febrero de 2007), podemos señalar que la litigiosidad se ha mantenido constante, con un ligero incremento en los asuntos nuevos ingresados en el Tribunal de Primera Instancia. Entre los asuntos resueltos por el TJCE, casi la mitad, el 47% se refiere a cuestiones prejudiciales y un 39% lo constituyen los recursos directos, mientras que el resto corresponde esencialmente a recursos de casación. La distribución de las materias de recurso pone de relieve la importancia creciente de los asuntos relativos al medio ambiente y los consumidores (13%), la agricultura (10%) y la aproximación de las legislaciones (9%). En lo que respecta a los procedimientos por incumplimiento seguidos contra los Estados, la gran mayoría de estos procesos terminan en condena para el respectivo Estado. Por lo que respecta al Tribunal de Primera Instancia, la mayor parte de los asuntos resueltos corresponden al ámbito de la función pública (32%), seguido por los litigios relacionados con la propiedad industrial (14%) y los relativos a la competencia (12%).

En cuanto al cumplimiento de las previsiones del Derecho comunitario, el Reino de España es uno de los Estados más netamente incumplidores, sobre todo en lo que se refiere a transposición de Directivas comunitarias. A mediados del año 2006 España tenía nada menos que 114 procedimientos de infracción abiertos por no trasponer al derecho interno las normas del mercado interior¹. Esto sitúa a España como segundo incumplidor por detrás de Italia, con 166 procedimientos de infracción abiertos. Se da la circunstancia de que España, al igual que Alemania y Malta, ha empeorado su situación, ya que ha pasado de estar, en noviembre de 2005, por debajo del objetivo del déficit medio de transposición del 1,5% acordado por los jefes de Estado, a superarlo en un 1,7%. En julio de 2006, el déficit de transposición de Directivas en España (porcentaje de Directivas del mercado interior que no se han incorporado la legislación nacional) era del 1,9%, lo que representa un aumento del 0,3% con respecto al 1,6% logrado en noviembre de 2005, que ha sido calificado como el mejor resultado obtenido hasta la fecha.

Contrariamente a lo que se pudiera pensar, España es uno de los países de la Unión Europea, junto a Dinamarca, Reino Unido, Irlanda y Finlandia, que más rápido transpone las directivas europeas, pero al mismo tiempo, uno de los que recibe más reclamaciones por parte de Bruselas, detrás de Italia y Francia, según el último informe de la Comisión Europea sobre los niveles de transposición de las normativas comunitarias relativas al mercado interior. La mera notificación de las transposiciones no es una garantía de que las normas sean aplicadas correctamente, lo que explica que España, a pesar de su rapidez para adaptar su derecho nacional al comunitario, sea uno de los países contra los que el Ejecutivo comunitario ha iniciado más procedimientos de infracción. En términos generales, los resultados del estudio son “decepcionantes”, según manifestó el portavoz de Mercado Interior de la CE, Jonnathan Todd, puesto que los casos de Estados que aplican incorrectamente las reglas son “todavía más numerosos” que el pasado año 2006. El déficit de transposición en la UE a 25 alcanza el 2,2%, lo que significa que 134 directivas

(1) Los datos los tomamos del artículo “Segundo país con más infracciones. España deberá encauzar sus esfuerzos de transposición”, en el Diario Expansión jurídica, de 25 de julio de 2006, pág. 7.

I. Derecho Comunitario

no han sido adoptadas en los plazos correctos e incluso, en algunos casos, con dos años de retraso.

El caso más extremo lo presenta Francia que detenta el récord de lentitud a la hora de adoptar las normativas europeas. Le siguen Grecia, Italia, Alemania, Bélgica y Países Bajos. Por primera vez, este informe recoge también los datos de los 10 nuevos países miembros, que registran grandes disparidades entre ellos a la hora de poner en marcha las leyes europeas. Lituania y Eslovenia, por ejemplo, han notificado a la Unión Europea que han adoptado la mayor parte de las directivas europeas. Sin embargo, Malta, la República Checa, Letonia y Chipre no han informado todavía de la transposición de más de 275 normas europeas. En el primer grupo de países, la Comisión advierte de que sólo ha recibido la notificación, lo que puede permitir que la norma esté “parcialmente adoptada”.

Como es sabido, la no adopción de las directivas por parte de los Estados miembros conduce a la Comisión a iniciar procesos de infracción contra los países. España es el segundo país de la Unión Europea con más procedimientos de infracción abiertos por la Comisión (109) por obstaculizar el mercado interior, sólo superado por Italia (161). Los resultados de España suponen una ligera mejora respecto a los registrados el pasado julio de 2006. En aquel momento, se situaba en el 1,7%, con 28 directivas pendientes. También ha bajado el número de expedientes abiertos de 114 en julio a los 109 en febrero. En el conjunto de la UE, la Comisión destacó que en febrero se registró el mejor resultado hasta ahora, ya el déficit de transposición se sitúa en un 1,2%, frente al 1,9% de hace seis meses, y todos los Estados miembros han progresado, hasta el punto de que 21 de ellos ya cumplen el objetivo de estar por debajo del 1,5%².

Por lo que se refiere a los procedimientos de infracción, la mitad de los expedientes se concentran en los sectores de medio ambiente, transportes y energía. El Ejecutivo comunitario se declara especialmente preocupado por el sensible aumento de procedimientos de infracción contra Polonia.

Bruselas advirtió de que importantes normas europeas no han sido transpuestas como la que permite el uso en el medioambiente de productos genéticamente modificados, en el caso de Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Holanda, Austria y Finlandia. Asimismo, también está pendiente de incorporación la normativa comunitaria sobre derechos de autor en Internet en Bélgica, España, Francia, Holanda, Portugal, Finlandia, Suecia. Tampoco Alemania, Grecia, Suecia ni Reino Unido han modificado sus leyes nacionales para poner en marcha el primer paquete ferroviario de liberalización.

El comisario de mercado interior, Frits Bolkestein, aseguró que si los Estados “no adoptan las normas europeas, privan a sus propias empresas y ciudadanos de sus derechos al conjunto de las ventajas económicas ofrecidas por el mercado interior”. El informe de la Comisión demostró que este año el índice del mercado interior muestra que los progresos de la Unión Europea para convertirse en un mercado único completo han descendido

(2) Fuente: Diario *La verdad*, domingo 4 de febrero de 2007. El informe completo está en la página web <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1008&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>.

desde el año 2000. Las causas residen en el estancamiento del comercio y las inversiones entre los países miembros.

Descendiendo a la jurisprudencia más relevante del período que se analiza en esta Revista (noviembre de 2006 a febrero de 2007), el período que comentamos en este número ha sido pródigo en la producción de sentencias relevantes, entre las que queremos destacar la **STJCE de 12 de diciembre de 2006, “Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión”, As. 95/03**, en la que el TJCE, respondiendo a una consulta del Tribunal Supremo español, establece que las petroleras no pueden fijar los precios de los carburantes a sus gasolineras abanderadas si éstas asumen riesgos propios en la comercialización. La disputa se planteaba entre la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio y CEPSA, aunque el fallo es extensible a otras petroleras. En esta Sentencia el Tribunal expone los criterios que deberán aplicar los tribunales para determinar si los contratos se ajustan a la normativa comunitaria.

No menos relevante, también en materia de ayudas de Estado, es la **STJCE, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 2006, As. Ac. 485/03 y 490/03, Comisión/España**, en la que el TJCE condenó a España por no haber recuperado las ayudas estatales de las “vacaciones fiscales” vascas, por considerarlas una ayuda de Estado directa. Esta sentencia es consecuencia de una denuncia interpuesta por la Comisión contra España tras declarar incompatibles con el Derecho comunitario el régimen de ayudas estatales a favor de las empresas situadas en Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. El Ejecutivo de Bruselas pidió ya en 2001 al Gobierno español que suprimiera este sistema de ayudas fiscales del Gobierno vasco y que recuperara el dinero concedido y el que fuera a conceder en el futuro. En el fallo se constata que España no adoptó medida alguna para impedir que el sistema de ayudas siguiera desplegando sus efectos, ni tampoco propuso a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la decisión.

Por último, y en materia de Derecho de sociedades, la **STJCE de 7 de diciembre de 2006, “SGAE”, As. 306/05**, resuelve la cuestión prejudicial planteada en junio de 2005 por la AP de Barcelona referida al debatido asunto de la existencia o no de comunicación pública de las obras musicales y audiovisuales en las habitaciones de hotel que cuentan con un televisor. La STJCE cierra un largo conflicto judicial en el que se han distinguido las patronales hoteleras y dos entidades de gestión (la SGAE por los autores y EGEDA por los productores cinematográficos). Sin embargo, la cuestión no queda cerrada todavía. A pesar de la claridad de la STJCE, se abren dos frentes: El primero es legislativo, con la posibilidad de modificar el artículo 20 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual, reforma que con toda probabilidad será incluida en la Ley que el Ministerio de Cultura tiene en preparación. El segundo es la posible responsabilidad del estado español por el fallo del Pleno de la Sala de lo Civil del TS de 10 de mayo de 2003, en la que se consideraba el hotel como domicilio privado. Esta Sentencia del TS provocó que más de una docena de pleitos se fallaran a favor de los hoteles, sentencias que hoy son firmes. Otra **STJCE de 13 de junio de 2006 “Inex/OHMI-Wiseman Représentation d’une peau de vache”, As. T-**

I. Derecho Comunitario

153/03, dejó a las entidades de gestión una posible vía para exigir dicha responsabilidad, precisamente por la contravención judicial del Derecho comunitario.

Por último, es de destacar una STC español, la 194/2006, en la que el Tribunal vuelve a sembrar la duda sobre las relaciones con el derecho comunitario. El litigio tenía por objeto el artículo 10.1.13 de la Ley 20/1991, relativa al impuesto general indirecto canario que permitía exenciones en caso de “prestación de servicios por entidades públicas y privadas a quienes practiquen deporte o educación física” bajo ciertas condiciones (en particular, la cuantía de la cuota). El artículo en cuestión es reproducción exacta del artículo 20.1.13 de la Ley 37/1992 relativa a las exenciones del IVA, que el TJCE declaró contrario a la Sexta Directiva sobre armonización fiscal, y en el que se condenó a España por incumplimiento del Derecho comunitario (**STJCE de 7 de mayo de 1998, Comisión / España, As. C-124/96**). Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, el TSJ de Canarias accedió a la petición del Real Club Náutico de Gran Canaria de devolverle los ingresos indebidos. El Gobierno canario recurrió en amparo la sentencia del TSJ alegando que el incumplimiento del Derecho comunitario se refería sólo a la Ley 37/1992 del IVA y no al caso canario. Según el TC, reiterando su propia doctrina (STC 58/2004), el TSJ de Canarias no podía dejar de aplicar por sí solo la Ley 20/1991, y si tenía dudas tenía que plantear o bien una cuestión de constitucionalidad, o bien una cuestión prejudicial. Con esta jurisprudencia, el TC va claramente en contra de lo que es la jurisprudencia ya consolidada del TJCE desde la famosa STJCE de 9 de marzo de 1978, “Simmenthal” (As. 106/77).

2. PRINCIPIOS GENERALES

En relación con el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación por razón de la discapacidad, resulta de mucho interés la **STJCE de 11 de julio de 2006, Gran Sala, As. C-13/05**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid mediante resolución de 7 de enero de 2005.

El Tribunal declara en la misma que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal. El artículo 13 CE, que menciona la discriminación por motivos de discapacidad, no contempla además la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal y, por consiguiente, ni siquiera puede constituir el fundamento jurídico de medidas del Consejo destinadas a combatir ese tipo de discriminación. Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación. Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las Sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C 442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.

El concepto de “discapacidad” no viene definido en la propia Directiva 2000/78, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto. Pues bien, para el TJCE de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, entre otras, las Sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, Rec. p. I-0000, apartado 32).

A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad. Habida cuenta del mencionado objetivo, el concepto de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, de una interpretación autónoma y uniforme.

La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de “discapacidad” se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.

La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad.

De las consideraciones anteriores resulta para el TJCE que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el

I. Derecho Comunitario

marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad y asimismo que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, únicamente hemos de destacar la **STJCE de 12 de diciembre de 2006, As. C-380/03, Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de Europa**, que desestima un recurso de anulación planteado frente a los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

Dicho pronunciamiento indica que mediante la expresión “medidas relativas a la aproximación” que figura en el artículo 95 TCE, los autores del Tratado han querido conferir al legislador comunitario, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba, en su caso, armonizarse, un margen de apreciación en cuanto a la técnica de aproximación más adecuada para lograr el resultado deseado, sobre todo en los ámbitos que se caracterizan por particularidades técnicas complejas (Fundamento 42).

Asimismo el Alto Tribunal Comunitario viene a señalar, por lo que a la motivación exigida en el artículo 253 TCE se refiere, que aun cuando dicha motivación debe revelar “clara e inequívocamente” el razonamiento de la autoridad comunitaria autora de un acto, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada y el Tribunal de Justicia ejercer su control, sin embargo no se exige que dicha motivación especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes. Y es que para apreciar el cumplimiento de dicha obligación de motivación debe tenerse en cuenta, no sólo el tenor del acto, sino también su contexto y el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. De este modo, si un acto revela “lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución comunitaria”, resultará innecesario exigir a ésta una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que haya realizado (Fundamentos 107 y 108).

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica nuevamente se percibe el aumento de la actividad de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia aunque,

sin embargo, no se ha producido un cambio substancial de la jurisprudencia existente hasta estos momentos. Incluso podemos reseñar que este aumento producido en el número de sentencias es inversamente proporcional al número de los fundamentos jurídicos existentes en cada sentencia y/o auto. No obstante, podemos recordar algunas de las sentencias recaídas durante estos últimos meses sobre los que recae la presente crónica. Entre ellas, en primer lugar, cabe recordar, la **STPI de 31 de enero de 2007, As. T-362/04, Minin/Comisión**, en la cual, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la motivación de un reglamento debe examinarse globalmente. Como señala el Tribunal de Primera Instancia, un vicio de forma de un reglamento que consista en una afirmación de hecho errónea contenida en un considerando no puede conducir a la anulación de dicho acto si los restantes fundamentos jurídicos proporcionan una motivación suficiente por sí misma (en este mismo sentido, vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 1987, España/Consejo y Comisión, As. 119/86, y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión, As. Ac. T-129/95, T-2/96 y T-97/96). Igualmente, en su **STJCE de 25 de enero de 2007, As. Ac. C-403/04 P y C-405/04 P, Suitomo Metal Industries/Comisión**, el Tribunal de Justicia sostuvo que las alegaciones dirigidas contra los fundamentos jurídicos reiterativos de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia no pueden dar lugar a su anulación. Otra sentencia que debe recordarse por su referencia específica a España es la **STJCE, Sala Primera, de 26 de octubre de 2006** (relativa a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid), **Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, SL, As. C-168/05**, en la cual el Tribunal sostuvo que

“la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

Igualmente, otra sentencia que debemos recordar por sus efectos es la **STJCE de 14 de diciembre de 2006, As. Ac. C-485/03, C-486/03, C-487/03, C-488/03, C-489/03, C-490/03, Comisión/España**, en la cual el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las siguientes Decisiones de la Comisión: 1) Decisión 2002/820/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones; 2) Decisión 2002/892/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava; 3) Decisión 2003/27/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Vizcaya en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones; 4) Decisión 2002/806/CE de la Comisión,

I. Derecho Comunitario

de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya; 5) Decisión 2002/894/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones; 6) Decisión 2002/540/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa. El Gobierno del Reino de España no había adoptado dentro del plazo fijado todas las medidas necesarias para recuperar las ayudas ilegalmente concedidas. Hemos de señalar con respecto a la doctrina consolidada por parte de los tribunales de Primera Instancia y de Justicia relativa a la legitimación activa en un recurso de anulación que una asociación encargada de defender los intereses colectivos de empresas se encuentra legitimada para interponer un recurso de anulación contra una decisión final de la Comisión en materia de ayudas de Estado si determinados de sus miembros pueden hacerlo a título individual, hecho que sucedió en el asunto T-146/03, Asociación de estaciones de Servicio de Madrid y federación Catalana de Estaciones de Servicio/ Comisión, pues algunos de sus miembros resultaban individualmente afectados. En su Sentencia de 12 de diciembre de 2006, recaída en el asunto T-146/03, el Tribunal de Primera Instancia anuló el artículo 1 de la Decisión 2003/293/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a las medidas ejecutadas por España en favor del sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes, en la medida en que declaró que las medidas de apoyo a las cooperativas agrarias que figuran en el Real Decreto-Ley 10/2000, de medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte, no constituían una ayuda con arreglo al artículo 87, apartado 1, CE.

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

Al contrario de lo que suele ser habitual, éste sí ha sido un período interesante en lo que a la jurisprudencia prejudicial se refiere. Algo que no podemos decir con relación a la temática cautelar.

Así es, en lo tocante a esta última y durante el lapso de tiempo que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia no ha formulado pronunciamiento alguno, por lo que nada cabe añadir a lo ya expuesto en anteriores números de esta Revista.

Por el contrario, y en lo atinente al mecanismo prejudicial, la Curia Comunitaria ha dictado más de treinta sentencias, algunas de las cuales pasamos comentar a continuación.

En lo que concierne al instrumento prejudicial, de los más de treinta fallos del Tribunal de Justicia aquí estudiados, hemos seleccionado catorce de ellos. Catorce pronunciamientos que vamos ordenar en tres grupos o categorías principales, a saber:

- 1) Fallos prejudiciales que abordan el argumento clásico de los motivos de admisibilidad.
- 2) Sentencias prejudiciales que llamaremos “atípicas”, es decir, veredictos en los que la Corte Europea ha enfrentado tópicos poco usuales (por ejemplo, el efecto directo de las disposiciones comunitarias, la teoría de la interpretación conforme, etc.), en respuesta a las cuestiones suscitadas.
- 3) Y “otros” pronunciamientos prejudiciales, en los que el Tribunal de Justicia resuelve argumentos de menor interés.

Comenzando por el primer grupo de sentencias, esto es, por aquéllas en las que se trata el argumento clásico de la admisibilidad, cabe citar la **STJCE de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, As. C-238/05**, planteada por un órgano jurisdiccional español (Tribunal Supremo), en el procedimiento ASNEF-EQUIFAX Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL y Administración del Estado, contra la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (en adelante, AUSBANC). Dicho procedimiento prejudicial versaba sobre la interpretación del artículo 81 del TCE.

En este asunto, tanto la Comisión como AUSBANC ponen en duda la competencia del Tribunal de Justicia, así como la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada:

La Comisión, en base al hecho de que, de una parte, la cuestión suscitada no tiene su origen en un proceso principal en el que sea necesario interpretar el Derecho comunitario para su resolución (cuestión hipotética, apdo. 12 de la Sentencia), sino en un proceso de casación donde el órgano jurisdiccional nacional ha entendido que sí lo es. Y de otra, en que dicho órgano de casación interno no facilita información suficiente a la Corte Comunitaria para que ésta pueda ofrecer una respuesta útil (apdo. 13 del fallo).

En la misma línea que la Comisión, AUSBANC añade que, a su juicio, la interpretación del artículo 81 del TCE no tiene una incidencia sensible en la resolución del litigio principal (apdo. 22 de la Sentencia).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, admite la petición prejudicial planteada y declara su propia competencia, con base en la lógica siguiente:

- 1) Con carácter general, la Curia Comunitaria está obligada responder cualesquiera cuestiones prejudiciales le sean planteadas (apdo. 15 de la Sentencia).
- 2) Así pues, sólo excepcionalmente, allí donde resulte evidente que la interpretación del Derecho Comunitario no guarda relación alguna con la realidad o el objeto del litigio

I. Derecho Comunitario

principal (cuestión hipotética); o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil, la petición prejudicial puede ser rechazada (apdo. 17 de la Sentencia).

3) En el caso aquí presentado, y en opinión de la Corte Comunitaria, ninguna de las anteriores excepciones puede apreciarse, pues: a) *no resulta evidente* que la interpretación del Derecho comunitario no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio del que conoce el órgano remitente (apdo. 18 de la Sentencia); y b) aunque es cierto que el auto de remisión no contiene información precisa y detallada sobre la incidencia en cuestión, no lo es menos que dicho auto ha facilitado al Tribunal de Justicia *información suficiente* para permitirle dar una respuesta útil (apdo. 24 del pronunciamiento prejudicial).

En consecuencia (apdo. 25 de la Sentencia), y como tiene por costumbre, el Tribunal de Justicia estima que: "... procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial."

A la misma conclusión de admisibilidad, y en base a una lógica muy parecida, llega el Tribunal de Justicia en la **STJCE de 5 de diciembre de 2006, Cipolla, As. Ac. C-94/04 y C-202/04**.

Así es, en este caso, tanto algunas de las partes en el litigio principal (Sr. Cipolla y Sr. Meloni), como varias de las representaciones de los Gobiernos intervinientes en el procedimiento prejudicial (Alemania e Italia), alegan que existen motivos para declarar la inadmisibilidad de las peticiones prejudiciales, entre ellos y de forma resumida, los que a continuación se enumeran:

- 1) Ausencia de relevancia de la cuestión planteada en cuanto a la resolución del litigio principal (apdo. 21 de la Sentencia).
- 2) Inaplicabilidad de las disposiciones del Derecho comunitario discutidas a la situación fáctica controvertida (apdo. 24).
- 3) Carácter meramente hipotético de la petición prejudicial formulada (apdo. 33 de la Sentencia).
- 4) Falta de elementos de hecho y de Derecho en la resolución del órgano jurisdiccional de remisión, que indiquen las razones precisas que le han llevado a plantearse la necesidad de la interpretación del Derecho comunitario (apdo. 34 del pronunciamiento).

Frente a esta pléyade de alegaciones, el Tribunal de Justicia objeta:

- 1) Que ninguna de las partes ha conseguido demostrar la falta de relevancia de la cuestión prejudicial planteada, para enjuiciar el litigio principal (apdos. 26 y 37 de la Sentencia).
- 2) Que el juez interno ha considerado pertinente y necesario que el Tribunal de Justicia comunitario se pronuncie acerca de la interpretación, tanto del artículo 49 como de los

artículos 10 y 81 del TCE, siendo ésta una competencia que a aquél atañe bajo su exclusiva responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar a la Corte Comunitaria (apdo. 25).

3) Que no resulta en modo alguno evidente que las interpretaciones de las normas comunitarias solicitadas por los órganos jurisdiccionales remitentes no guarden relación con la realidad o el objeto del litigio principal, por lo que no pueden ser calificadas de hipotéticas (apdo. 28 de la Sentencia).

4) Y que, si bien es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación se solicita, precisamente, las resoluciones de remisión cumplen plenamente este requisito (apdo. 38 del pronunciamiento prejudicial).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunal de Apelación de Turín (apdo. 32 de la Sentencia), así como por el Tribunal de Roma (apdo. 43 de la misma).

En relación a las cuestiones prejudiciales que han abordado el tópico de la admisibilidad, estas dos sentencias nos parecen suficientemente ilustrativas de la exigida insistencia del Tribunal de Justicia en afirmar su propia competencia, así como su obligación de ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.

No obstante y en rigor, debe advertirse que existen otros pronunciamientos prejudiciales en los que se ha tratado este argumento, durante el período de tiempo que comprende esta crónica. Así por ejemplo, las SSTJCE de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, As. C-217/05; de 16 de enero de 2007, *Pérez Naranjo*, As. C-265/05, y de 18 de enero de 2007, *Auroux y otros*, As. C-220/05. Ahora bien, puesto que el Tribunal de Justicia ha llegado en todas a ellas (apdos. 33, 24 y 27, de cada una de las respectivas sentencias) a idéntica conclusión (declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales suscitadas) y no añade elemento alguno de interés para nuestro análisis, excusamos aquí su comentario.

Pasando ya al segundo grupo de pronunciamientos del Tribunal de Justicia, y que aquí hemos denominado “atípicos”, cabe reseñar, en primer lugar, las SSTJCE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, As. C- 446/04; de 18 de enero de 2007, *Brzeziński*, As. C- 313/05 y de 25 de enero de 2007, *Robins y otros*, As. C- 278/05, en las que la Corte Europea reflexiona acerca de un argumento ciertamente delicado: la limitación de los efectos retroactivos de los pronunciamientos prejudiciales. Ello nos brinda la oportunidad de recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las sentencias prejudiciales interpretan y declaran la validez o invalidez de una disposición comunitaria, tal y como debe —o debería— haberse entendido y aplicado en el momento de su entrada en vigor (vid. apdo. 55 de la Sentencia C-313/05).

I. Derecho Comunitario

En otras palabras, que los pronunciamientos prejudiciales poseen efecto retroactivo. Por lo tanto, sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia —en virtud de la salvaguardia del principio de seguridad jurídica— verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada. Es más, según ha establecido la propia Corte Comunitaria, para ello será necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber: 1) buena fe de los eventuales favorecidos por la limitación y 2) riesgo de trastornos graves, derivados de la retroacción.

En los procesos resueltos en cada una de las tres sentencias anteriormente citadas, el Tribunal de Justicia considera que dichos criterios esenciales (buena fe y riesgo de trastorno grave) no concurren, razón por la cual las peticiones de limitación en el tiempo de los efectos de las mismas realizadas por las partes son, todas ellas, desestimadas.

Junta a estos tres pronunciamientos, la **STJCE de 14 de diciembre de 2006, Gattoussi, As. C-97/05**, puede considerarse también “atípica”. Y ello porque, al hilo del examen realizado por el Tribunal de Justicia para determinar su propia competencia en la interpretación del artículo 64.1 del Acuerdo euromeditarreo, la Corte comunitaria tiene ocasión de abordar la temática del *efecto directo* de las disposiciones comunitarias —algo muy poco habitual—, explicando (apdo. 25 de la antedicha Sentencia) que:

“Según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por las Comunidades con Estados terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (...)”.

Tan señalada como la anterior e integrante de este segundo grupo de pronunciamientos prejudiciales “atípicos”, se encuentra la **STJCE de 11 de enero de 2007, Piek, As. C-384/05**. Ello se debe a que, en respuesta a una de las cuestiones prejudiciales planteadas en este caso por el órgano jurisdiccional remitente (el *Sozialgericht* de Berlín), el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de recordar su jurisprudencia en lo que atañe a la interpretación conforme al *Derecho comunitario de las disposiciones nacionales* —lo cual resulta ciertamente inusual—, declarando (apdos. 67 a 70 de la Sentencia) que:

“(…) debe recordarse que las disposiciones de los artículos 39 CE, 49 CE y 50 CE confieren a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.

Según reiterada jurisprudencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, dentro del margen de apreciación que le conceda su Derecho nacional, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario (...).

Si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno (...).

Procede, pues, responder a las cuestiones segunda, letra a), y cuarta, letra a), que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, dentro del margen de apreciación que le conceda su Derecho interno, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario y, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando se trate de disposiciones del Tratado que conceden a los particulares derechos que éstos puedan invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar, abstenerse de aplicar cualquier norma del Derecho interno que sea contraria a tales disposiciones.”

Clausura este segundo grupo de fallos prejudiciales aquí llamados “atípicos”, la **STJCE de 14 de diciembre de 2006, ASML, As. C-283/05**. La razón de ello es que estamos en presencia de una de las escasas cuestiones prejudiciales suscitadas con arreglo al artículo 68 del TCE; es decir, con fundamentación en lo preceptuado singularmente para la política de visado, asilo e inmigración de la Comunidad Europea.

Recordemos a este respecto que, con relación a este especial título competencial comunitario y en virtud de lo preceptuado en el propio artículo 68 del TCE, la utilización de la vía prejudicial sólo es posible de manera condicionada, a saber: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título, o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título, se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno; y siempre que dicho órgano estime necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. De ahí que, su sola existencia, haga a esta sentencia prejudicial merecedora de ser señalada en esta crónica.

En lo que al contenido de la concreta petición prejudicial se refiere, baste decir que versa sobre la interpretación del artículo 34, número 2, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; así como, que esta petición se planteó en el marco de un litigio entre ASML Netherlands BV y Semiconductor Industry Services GmbH, sobre la ejecución, en Austria, de una sentencia dictada en rebeldía por el Rechtbank's-Hertogenbosch (Países Bajos) por la que se condenaba a la segunda a pagar a ASML la cantidad de 219.918,60 euros, más los correspondientes intereses y los gastos procesales.

Además del tópico ya señalado de la admisibilidad, y de los trascendentes argumentos enfrentados por el Tribunal de Justicia en estas sentencias “atípicas”, existe un tercer grupo de sentencias prejudiciales (conformado por tres últimos pronunciamientos), que merecen nuestra atención y en los que se abordan “otros” argumentos, sin duda, menos trascendentes.

Es el caso de la **STJCE de 30 de noviembre de 2006, A. Brünsteiner, As. Ac. C- 376/05 y 377/05**, en la que el Tribunal de Justicia aprovecha la ocasión que le brinda esta petición prejudicial, para dejar claro que este instrumento cooperativo procesal sirve a los fines de

I. Derecho Comunitario

interpretar o declarar la validez-invalidez de una disposición comunitaria, y no para ser utilizado como vía de recurso, dentro del litigio principal suscitado ante el juez nacional. Esta declaración resulta ciertamente pertinente, ya que, a su través, el Tribunal de Justicia deja claro que, si bien en la praxis procesal la vía prejudicial es frecuentemente utilizada por los particulares como sustituta imperfecta del recuso de anulación, dicha praxis no debe hacernos olvidar (apdo. 28 de la Sentencia) que:

“(...) el artículo 234 CE no constituye una vía de recurso disponible para las partes en el litigio suscitado ante el juez nacional, el Tribunal de Justicia no está obligado a valorar la validez del Derecho comunitario por la mera razón de que tal cuestión haya sido invocada ante el mismo por una de las partes en sus observaciones escritas (...)”

Es el caso, también, de la **STJCE de 23 de noviembre de 2006, ZVK, As. C-300/05**. Es éste un fallo que aprovecha la Curia Comunitaria para recordarnos, de un parte, que la interpretación de una disposición de Derecho comunitario debe hacerse no sólo a la luz de su tenor literal, sino también de su *contexto* (apdo. 15 de la Sentencia). Y de otra, que en el caso de eventuales divergencias lingüísticas acerca de una misma disposición, ésta deberá ser interpretada en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en la que se integra (apdo. 16 de la Sentencia).

Para acabar, y siempre dentro de este tercer y último grupo de pronunciamientos prejudiciales, cabe citar la **STJCE de 7 de diciembre de 2006, SGAE, As. C-306/05**, en la que se resuelve una petición de *reapertura de la fase oral del procedimiento*.

A este respecto conviene recordar que el Tribunal de Justicia se muestra poco o nada partidario de alargar innecesariamente los procedimientos prejudiciales, por lo que las demandas de reapertura de la fase oral del procedimiento –aun reconocidas en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal– sólo serán admitidas excepcionalmente; algo que no ocurre en el caso que ahora nos ocupa.

En efecto, ante la postulación que en tal sentido (reapertura) formula una de las partes en el proceso (en concreto, la representación legal de “Rafael Hoteles”), y con fundamento en la supuesta incoherencia de las conclusiones del Abogado General (apdos. 24 y 25 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia considera que, en el caso de autos, dispone de todos los elementos precisos para pronunciarse (apdo. 28).

Por consiguiente, y como resulta fácil pronosticar, la Corte Comunitaria juzga finalmente que: “(...) no procede acordar la reapertura de la fase oral del procedimiento” (apdo. 29 de la Sentencia).

E) Medidas cautelares

Durante el período que comprende esta crónica no ha existido pronunciamiento alguno del Tribunal de Justicia en lo que a esta materia se refiere.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Como viene siendo habitual, señalamos nuevamente que la libre circulación de mercancías se relega en el texto de la Constitución Europea a la Sección 3ª (llamada precisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III de la Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Por ello estimamos conveniente ofrecer la correspondencia numérica entre los artículos de los Tratados actuales y los de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar):

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 23 TCE (ex artículo 9)	Artículo III-36 CEU
Artículo 24 TCE (ex artículo 10)	Artículo III-37 CEU
Artículo 25 TCE (ex artículo 12)	Artículo III-38 CEU
Artículo 26 TCE (ex artículo 28)	Artículo III-39 CEU
Artículo 27 TCE (ex artículo 29)	Artículo III-40 CEU
Artículo 135 TCE (ex artículo 116)	Artículo III-41 CEU
Artículo 28 TCE (ex artículo 30)	Artículo III-42 CEU
Artículo 30 TCE (ex artículo 36)	Artículo III-43 CEU
Artículo 31 TCE (ex artículo 37)	Artículo III-44 CEU

En el período objeto de análisis (del 15 de noviembre de 2006 al 15 de febrero de 2007), tan sólo se ha dictado una Sentencia por parte del Tribunal en esta materia. Se trata de la reciente **STJCE de 15 de febrero de 2007, Sala Quinta, “Ruma”, As. C-183/06**, en la que el Tribunal resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Arancel Aduanero Común (AAC) en lo relativo a un producto muy concreto: las membranas para teléfonos móviles. Más concretamente, la interpretación de las partidas 8529 y 8538 de la Nomenclatura Combinada que figura en el anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la Nomenclatura Arancelaria y Estadística y al Arancel Aduanero Común (DO L 256, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1789/2003 de la Comisión, de 11 de septiembre de 2003 (DO L 281, p. 1). Para el Tribunal, esta Nomenclatura Combinada del AAC, debe interpretarse en el sentido de que las membranas de teclado de policarbonato para teléfono móvil que presentan en su parte superior teclas en relieve y, en la inferior, clavijas de contacto no conductoras, y que están destinadas a ser incorporadas a teléfonos móviles, están comprendidas en la subpartida 8529 90 40, que comprende “Partes de aparatos de las subpartidas 8525 10 50, 8525 20 91 (radiotelefonía celular-teléfonos móviles), 8525 20 99, 8525 40 11 y 8527 90 92”.

I. Derecho Comunitario

En esta Sentencia el TJCE alude a la jurisprudencia reiterada, sobre seguridad jurídica y facilidad de los controles, en la que el criterio decisivo para la clasificación arancelaria de la mercancía debe buscarse en sus características y propiedades objetivas, tal como están definidas en el texto de las partidas de la Nomenclatura Combinada y de las notas de las secciones o capítulos (SS. de 16 de septiembre de 2004, DFDS, C-396/02; de 15 de septiembre de 2005, Intermodal Transports, C-495/03³, y de 8 de diciembre de 2005, Possehl Erzkontor, C-445/04).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como venimos haciendo en los números anteriores de esta Revista advertimos al lector que el texto de la futura Constitución Europea relega la libre prestación de servicios a la Subsección 3ª (llamada precisamente “Libertad de prestación de servicios”) de la Sección 2 (“Libre circulación de personas y servicios”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del texto de la Constitución Europea. Por ello, ofrecemos una tabla de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 49 TCE (ex artículo 59)	Artículo III-29 CEU
Artículo 50 TCE (ex artículo 60)	Artículo III-30 CEU
Artículo 51 TCE (ex artículo 61)	Artículo III-31 CEU
Artículo 52 TCE (ex artículo 63)	Artículo III-32 CEU
Artículo 53 TCE (ex artículo 64)	Artículo III-33 CEU
Artículo 54 TCE (ex artículo 65)	Artículo III-34 CEU
Artículo 55 TCE (ex artículo 66)	Artículo III-35 CEU

En el período analizado (del 15 de noviembre de 2006 al 15 de febrero de 2007), y tras las cinco sentencias de que dimos cuenta en el anterior número de esta Revista, también se ha publicado un único pronunciamiento del TJCE en esta materia. Se trata de la **STJCE de 15 de febrero de 2007, Sala Tercera, As. C-345/04, “Centro Equestre da Lezíria Grande Lda.”**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez alemán en materia de impuesto de sociedades, al negarse la recurrente, una empresa portuguesa, a ingresar determinadas cantidades a la hacienda alemana.

Según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho

(3) Comentada en el núm. 30 de esta Revista (enero de 2006), págs. 67 y 68.

comunitario (SS. de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer, C-250/95; de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97⁴; de 28 de octubre de 1999, Vestergaard, C-55/98⁵; de 14 de diciembre de 2000, AMID, C-141/99⁶, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03). Además, procede recordar que el artículo 59 TCE exige la supresión de cualquier restricción a la libre prestación de servicios impuesta a causa de que quien los presta se encuentre establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se efectúe la prestación (SS. de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89, y de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04⁷).

Para el TJCE, el artículo 59 TCE (actual artículo 49) no se opone a una normativa nacional, como la Ley del impuesto alemán de sociedades de 1991, en la medida en que ésta supedita la devolución del impuesto sobre sociedades retenido en la fuente sobre los rendimientos obtenidos por un sujeto pasivo por obligación real al requisito de que los gastos profesionales cuyo cómputo solicita a tal fin el sujeto pasivo tengan una relación económica directa con los rendimientos obtenidos en el marco de una actividad ejercida en el territorio del Estado miembro interesado, siempre y cuando sean considerados como tales todos los gastos que son indisociables de esta actividad, con independencia del lugar o del momento en que se incurre en ellos. En cambio, el referido artículo se opone a tal normativa nacional en la medida en que ésta supedita la devolución al sujeto pasivo del citado impuesto al requisito de que estos mismos gastos profesionales sean superiores a la mitad de dichos rendimientos.

b) Libertad de establecimiento

De nuevo formulamos las equivalencias entre los artículos del actual Tratado y los del texto de la futura Constitución Europea:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 43 TCE (ex artículo 52)	Artículo III-22 CEU
Artículo 44 TCE (ex artículo 54)	Artículo III-23 CEU
Artículo 45 TCE (ex artículo 55)	Artículo III-24 CEU
Artículo 46 TCE (ex artículo 56)	Artículo III-25 CEU
Artículo 47 TCE (ex artículo 57)	Artículo III-26 CEU
Artículo 48 TCE (ex artículo 58)	Artículo III-27 CEU
Novedad de la CEU	Artículo III-28 CEU

(4) Comentada en el núm. 9 (octubre de 2000), págs. 75 y 76 y también en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(5) Comentada en el núm. 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 76.

(6) Comentada en el núm. 11 de esta Revista (abril de 2001), pág. 67.

(7) Comentada en el núm. 34 de esta Revista (enero de 2007).

I. Derecho Comunitario

En el período objeto de análisis (del 15 de noviembre de 2006 al 15 de febrero de 2007), tan sólo se han dictado dos pronunciamientos sobre esta materia: El primero de ellos es la STJCE de 12 de diciembre de 2006, Gran Sala, As. C-446/04, “Test Claimants in the FII Group Litigation”, en la que se decide sobre una petición de decisión prejudicial cuyo objeto era la interpretación de los artículos 43 y 56 TCE, así como de los artículos 4.1 y 6 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre unas sociedades residentes en el Reino Unido y la administración tributaria del Reino Unido, en relación con el tratamiento fiscal de dividendos percibidos de sociedades que no residen en dicho Estado miembro.

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional pregunta si los artículos 43 y 56 TCE se oponen a una legislación estatal que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad nacional percibe de una sociedad residente también en dicho Estado (“dividendos de origen nacional”), mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad que no reside en ese mismo Estado (“dividendos de origen extranjero”) concediendo, en este último caso, una desgravación impositiva por las retenciones en origen practicadas en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios, así como, cuando la sociedad residente beneficiaria de los dividendos posee, directa o indirectamente, un 10% o más de los derechos de voto de la sociedad que distribuye beneficios, una desgravación en relación con el impuesto sobre sociedades pagado por esta última sociedad por los beneficios subyacentes a los dividendos repartidos.

Según reiterada jurisprudencia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercerla respetando el Derecho comunitario (SS. de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98⁸; Metallgesellschaft y otros, de 8 de marzo de 2001⁹, y de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04).

Una legislación nacional que sujeta la percepción de dividendos por una sociedad residente a un impuesto, del que no sólo la base imponible sino también la posibilidad de deducir de este impuesto el pagado en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios dependen del origen, nacional o no, de los dividendos así como del alcance de la participación que la sociedad beneficiaria posee en la sociedad que distribuye beneficios, puede estar comprendida tanto en el ámbito de aplicación del artículo 43 TCE relativo a la libertad de establecimiento como del artículo 56 TCE relativo a la libre circulación de capitales.

De la resolución de remisión se desprende que los asuntos elegidos como asuntos “piloto” en el litigio que se sustancia ante el órgano jurisdiccional remitente se refieren a sociedades residentes en el Reino Unido que percibieron dividendos de sociedades no residentes que controlan al 100%. Puesto que se trata de una participación que confiere al titular una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta, son de aplicación las disposiciones del TCE relativas a la libertad de establecimiento.

(8) Comentada en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(9) Comentada en el núm. 11 de esta Revista (abril de 2001), pág. 67.

to (SS. de 13 de abril de 2000, Baars, C-251/98¹⁰; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00¹¹, así como de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04¹²).

La libertad de establecimiento, que el artículo 43 TCE reconoce a los nacionales comunitarios y que implica para ellos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 48 TCE, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (SS. de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97¹³; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03).

Respecto a las sociedades, su domicilio sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado. Admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 43 TCE (SS. de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83; de 13 de julio de 1993, Commerzbank, C-330/91). La libertad de establecimiento pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades.

Para una sociedad residente que percibe dividendos de otra sociedad de la que posee, directa o indirectamente, al menos el 10% de los derechos de voto, la legislación nacional controvertida prevé un tratamiento fiscal distinto en función de que los dividendos percibidos provengan de una sociedad residente asimismo en el Reino Unido o de una sociedad residente en otro Estado miembro. En el primer caso, los dividendos percibidos están exentos del impuesto sobre sociedades, mientras que, en el segundo caso, están sujetos a dicho impuesto, pero dan derecho a una desgravación por las retenciones en origen practicadas en el momento del reparto de dividendos en el Estado de residencia de la sociedad que los distribuye y por el impuesto sobre sociedades pagado por ésta por los beneficios subyacentes.

En un largo y prolijo fallo de seis puntos el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1º) Los artículos 43 y 56 TCE han de interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro dispone de un sistema para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la

(10) Comentada en el núm. 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

(11) Comentada en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), págs. 79, 80-81 y 96-97.

(12) Sentencia comentada también en la Revista *Lex Nova*, núm. 46 (octubre-diciembre de 2006), pág. 17.

(13) Comentada en el núm. 15 (abril de 2002), págs. 56-57 y también en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

I. Derecho Comunitario

doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes.

Los artículos 43 y 56 TCE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente de la que posee al menos el 10% de los derechos de voto, concediendo, en este último caso, un crédito fiscal por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado miembro de residencia, siempre que el tipo impositivo sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior al tipo impositivo aplicado a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal sea al menos igual al importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios hasta el límite de la cuantía impositiva aplicada en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria.

El artículo 56 TCE se opone a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente de la que posee menos del 10% de los derechos de voto, sin concederle un crédito fiscal por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado de residencia.

2º) Los artículos 43 y 56 TCE se oponen a una legislación de un Estado miembro que permite que una sociedad residente que percibe dividendos de otra sociedad residente deduzca el importe del impuesto sobre sociedades pagado a cuenta por ésta del importe que la primera sociedad ha de pagar a cuenta por dicho impuesto, mientras que, en el caso de una sociedad residente que percibe dividendos de una sociedad no residente, no está permitida tal deducción por lo que respecta al impuesto correspondiente a los beneficios distribuidos pagado por esta última sociedad en su Estado de residencia.

3º) Los artículos 43 y 56 TCE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que establece que toda desgravación por el impuesto pagado en el extranjero de la que disfruta una sociedad residente que haya percibido dividendos de origen extranjero reduce el importe del impuesto sobre sociedades al que puede imputar el pago a cuenta del impuesto sobre sociedades.

Por su parte, el artículo 43 TCE se opone a una legislación de un Estado miembro que permite que una sociedad residente transfiera a filiales residentes el importe del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades que no puede imputarse al impuesto sobre sociedades pagadero por aquélla por el ejercicio contable correspondiente o por ejercicios contables anteriores o posteriores, para que éstas puedan imputarlo al impuesto sobre sociedades que han de pagar, pero no permite que una sociedad residente transfiera dicho importe a filiales no residentes en el supuesto en que éstas deban pagar en dicho Estado miembro por los beneficios allí obtenidos.

4º) Los artículos 43 y 56 TCE se oponen a una legislación de un Estado miembro que, al tiempo que deja exentas del pago a cuenta del impuesto sobre sociedades a las sociedades residentes que reparten a sus accionistas dividendos procedentes de dividendos de origen nacional que ellas percibieron, concede a las sociedades residentes que reparten a sus accionistas dividendos procedentes de dividendos de origen extranjero que ellas percibieron la facultad de optar por un régimen que les permite recuperar el impuesto sobre sociedades pagado a cuenta, pero, por un lado, obliga a dichas sociedades a abonar el referido impuesto a cuenta y a reclamarlo posteriormente y, por otro lado, no prevé un crédito fiscal para sus accionistas, que sí lo habrían obtenido en el supuesto de que una sociedad residente hubiera repartido dividendos de origen nacional.

5º) El artículo 57.1 TCE debe interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro adoptó, antes del 31 de diciembre de 1993, una legislación que contiene restricciones a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos prohibidas por el artículo 56 TCE y, después de esa fecha, adopta medidas que, constituyendo también una restricción a dichos movimientos, son esencialmente idénticas a la legislación anterior o se limitan a reducir o suprimir un obstáculo al ejercicio de los derechos y las libertades comunitarias que figure en la legislación anterior, el artículo 56 CE no se opone a la aplicación a terceros países de estas últimas medidas cuando se aplican a movimientos de capitales que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. A este respecto, no cabe considerar inversiones directas las participaciones en una sociedad que no se adquieren para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos entre el accionista y dicha sociedad y no permiten que el accionista participe de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.

6º) A falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, incluida la calificación de las demandas presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por quienes hayan sido lesionados. No obstante, dichos órganos están obligados a garantizar que los justiciables disponen de un cauce procesal efectivo que les permita obtener la devolución del impuesto indebidamente recaudado y de las cantidades pagadas a dicho Estado miembro o retenidas por éste en relación directa con tal impuesto. Por lo que respecta a otros perjuicios sufridos por una persona por una infracción del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro, éste está obligado a reparar los daños causados a los particulares en las condiciones recogidas en el apartado 51 de la Sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, (C-46/93 y C-48/93), sin que esto excluya que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

En segundo lugar, la STJCE de 12 de diciembre de 2006, *Gran Sala As. C-374/04, "Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation"*, tiene también por objeto una petición de decisión prejudicial, presentada con arreglo al artículo 234 TCE, por un

I. Derecho Comunitario

órgano judicial británico en el marco de un litigio entre unos grupos de sociedades y la Administración tributaria del Reino Unido, en relación con la negativa de éstos a conceder a unas sociedades no residentes de dichos grupos un crédito fiscal por los dividendos que percibieron de sociedades residentes.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 43 y 56 TCE se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, en caso de reparto de dividendos por una sociedad residente, concede un crédito fiscal completo a los accionistas finales perceptores de estos dividendos que residen en dicho Estado miembro o en otro Estado con el que aquél celebró un CDI que prevé tal crédito fiscal, pero que no lo concede, ni completo ni parcial, a sociedades perceptoras de tales dividendos que residen en algunos otros Estados miembros.

Según la jurisprudencia del TJCE, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercerla respetando el Derecho comunitario (SS. de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98¹⁴, y de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04).

Tres de los asuntos elegidos como asuntos “piloto” en el litigio que se sustancia ante el órgano jurisdiccional remitente se refieren a sociedades residentes en el Reino Unido propiedad al 100% de sociedades no residentes. Puesto que se trata de una participación que confiere al titular una influencia real en las decisiones de la sociedad y le permite determinar las actividades de ésta, son de aplicación las disposiciones del TCE relativas a la libertad de establecimiento (SS. de 13 de abril de 2000, Baars, C-251/98¹⁵; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00¹⁶, así como de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04¹⁷).

La libertad de establecimiento, que el artículo 43 TCE reconoce a los nacionales comunitarios y que implica para ellos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 48 TCE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad Europea, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (SS. de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97¹⁸; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03). Respecto a las sociedades, procede señalar que su domicilio, en el sentido del artículo 48 TCE, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico

(14) Comentada en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(15) Comentada en el núm. 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

(16) Comentada en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), págs. 79, 80-81 y 96-97.

(17) Comentada en el núm. 34 de esta Revista (enero de 2007). Existe también un comentario a esta Sentencia en la Revista *Lex Nova*, núm. 46 (octubre-diciembre de 2006), pág. 17.

(18) Comentada en el núm. 15 (abril de 2002), págs. 56-57 y también en el núm. 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

de un Estado. Admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 43 CE (SS. de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83; de 13 de julio de 1993, Commerzbank, C-330/91). La libertad de establecimiento pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades. No obstante, para determinar si una diferencia de trato fiscal resulta discriminatoria, es preciso averiguar si con la medida nacional controvertida, las sociedades de que se trata se encuentran en una situación objetivamente comparable. En efecto, de reiterada jurisprudencia se desprende que la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (SS. de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97¹⁹).

A tenor del artículo 293 TCE, los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar en favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. Pues bien, abstracción hecha del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, no se ha adoptado ninguna medida de unificación ni de armonización a escala comunitaria encaminada a suprimir la doble imposición, ni los Estados miembros han firmado, en virtud del artículo 293 TCE, ningún convenio multilateral para ello (SS. de 12 de mayo de 1998, Gilly, C-336/96; de 5 de julio de 2005, D., C-376/03²⁰, y de 7 de septiembre de 2006, N, C-470/04). El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición. De este modo, cuando un Estado miembro dispone de un sistema que evita o atenúa la doble imposición en cadena o la doble imposición económica en el supuesto de dividendos que los residentes perciben de sociedades residentes, debe conceder un trato equivalente a los dividendos que los residentes perciben de sociedades no residentes (SS. de 15 de julio de 2004, Lenz, C-315/02²¹, y de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02²²).

Por otro lado, por lo que respecta a un mecanismo dirigido a evitar o atenuar la doble imposición económica mediante la concesión de una ventaja fiscal al accionista final, es necesario señalar que normalmente es el Estado miembro de residencia de éste el que mejor puede apreciar la capacidad contributiva individual de dicho accionista. Igualmente, en relación con las participaciones comprendidas en la Directiva 90/435, su artículo 4.1

(19) Comentada en el núm. 14 (enero de 2002), pág. 55 y en el núm. 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

(20) Comentada en el núm. 29 de esta Revista (octubre de 2005), págs. 103-104.

(21) Comentada en el núm. 25 (octubre de 2004), pág. 80; en el núm. 26 (enero de 2005), págs. 99-67 y por último en el núm. 26 de esta Revista (enero de 2005). Advertimos al lector que en este último caso existe un error en el número de asunto con el que se citó esta Sentencia.

(22) Comentada en el núm. 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 83.

I. Derecho Comunitario

impone al Estado miembro de la sociedad matriz que percibe beneficios distribuidos por una filial residente en otro Estado miembro, y no a éste, evitar la doble imposición en cadena, bien absteniéndose de gravar dichos beneficios, bien gravándolos autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios y, en su caso, la cuantía de la retención en origen percibida por el Estado miembro de residencia de la filial.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, en cada supuesto, si se ha cumplido dicha obligación, teniendo en cuenta, en su caso, lo dispuesto en el CDI que dicho Estado miembro ha celebrado con el Estado miembro de residencia de la sociedad accionista (S. de 19 de enero de 2006, Bouanich, C-265/04). Las situaciones en las que el Reino Unido concede un crédito fiscal a sociedades residentes en el otro Estado contratante que perciben dividendos de una sociedad residente en el Reino Unido son aquéllas en las que éste se reservó también el derecho a gravar a dichas sociedades por los citados dividendos. El tipo impositivo que, en tal caso, el Reino Unido puede aplicar varía según las circunstancias, en particular, en función de si un CDI establece un crédito fiscal completo o parcial. Por lo tanto, existe una relación directa entre el derecho a un crédito fiscal y el tipo impositivo que establece tal CDI (S. de 25 de septiembre de 2003, Océ Van der Grinten, C-58/01²³). Por tanto, la concesión de un crédito fiscal a una sociedad no residente que percibe dividendos de una sociedad residente, tal y como se establece en determinados CDI celebrados por el Reino Unido, no puede considerarse una ventaja separable del resto de dichos convenios, sino que forma parte integrante de éstos y contribuye a su equilibrio general.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Los artículos 43 y 56 TCE no se oponen a que un Estado miembro, en caso de reparto de dividendos por una sociedad residente en ese Estado, conceda a las sociedades beneficiarias de tales dividendos que residen también en dicho Estado miembro un crédito fiscal correspondiente a la fracción del impuesto sobre los beneficios distribuidos pagada por la sociedad que los distribuye, pero no lo conceda a las sociedades beneficiarias que residen en otro Estado miembro y que no están sujetas al impuesto en el primer Estado por dichos dividendos.

2) Los artículos 43 y 56 TCE no se oponen a que un Estado miembro no extienda el derecho a un crédito fiscal establecido en un convenio para evitar la doble imposición celebrado con otro Estado miembro para las sociedades residentes en éste que perciben dividendos de una sociedad residente en aquél, a las sociedades residentes en un tercer Estado miembro con el que ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición que no establece tal derecho para las sociedades residentes en este tercer Estado miembro.

(23) Comentada también en el núm. 22 de esta Revista (enero de 2004), pág. 71.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Contenido jurídico: igualdad de trato

La **STJCE de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen, As. C-520/04**, se ha referido a la tributación de las pensiones de jubilación, estableciendo que el artículo 18 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la cuota del impuesto sobre la renta de las personas físicas relativa a la pensión de jubilación pagada por una institución del Estado miembro a una persona residente en otro Estado miembro supera, en ciertos casos, la cuota que se adeudaría en el supuesto de que esa persona residiera en el primer Estado miembro, cuando la referida pensión constituye la totalidad o la cuasi totalidad de los rendimientos de dicha persona.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia aplica a la tributación de las pensiones de jubilación su doctrina elaborada en torno a las rendimientos de trabajo. Según ésta, cuando el sujeto pasivo no residente, que trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia, percibe la totalidad o la cuasi totalidad de sus rendimientos en el Estado en que desarrolla sus actividades profesionales, se encuentra, objetivamente, en la misma situación, por lo que se refiere al impuesto sobre la renta de las personas físicas, que el residente en dicho Estado que ejerce en él las mismas actividades. Ambos están sujetos a gravamen únicamente en ese Estado y la base imponible de su impuesto es la misma (Sentencia de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, Rec. p. I-2493, apartado 20).

Por otro lado, la **STJCE de 30 de enero de 2007, Comisión c. Dinamarca, As. C-150/04**, ha declarado que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39, 43 y 49 CE, al haber adoptado y mantenido en vigor un régimen de seguros de vida y de pensiones de jubilación que únicamente prevé la aplicación de desgravaciones y exenciones fiscales a las aportaciones abonadas en virtud de pólizas suscritas con promotores de planes de pensiones establecidos en Dinamarca, sin conceder ninguna ventaja fiscal de este tipo a las aportaciones abonadas con arreglo a pólizas suscritas con promotores de planes de pensiones establecidos en otros Estados miembros. En este sentido, la sentencia concluye que la normativa litigiosa no es justificable ni por consideraciones relativas a la eficacia de los controles fiscales o a la lucha contra la evasión fiscal ni por la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario.

Mucho más interesante en relación con este contenido de la libre circulación de trabajadores resulta la **STJCE de 11 de enero de 2007, ITC, As. C-208/05**, que enjuicia la compatibilidad con el artículo 39 CE del artículo 421 g del Libro III del Código de la seguridad social alemán. Según dicho precepto, en determinados casos, la Agencia federal de empleo debe abonar a las agencias de colocación la comisión que le adeude el trabajador siempre que haya procurado a este último un puesto de trabajo sujeto a las cotizaciones obligatorias a la seguridad social, a razón de una jornada de trabajo semanal de al menos quince horas. La duda de compatibilidad con el Derecho comunitario se plantea porque la exigencia de que el empleo esté sujeto a las cotizaciones obligatorias a la seguridad

I. Derecho Comunitario

social alemana impide que la agencia pueda recibir su comisión por parte de la Agencia federal cuando el puesto de trabajo ofrecido al demandante de empleo se encuentra fuera del territorio alemán.

La primera cuestión controvertida en este asunto es la relativa a si una agencia privada de colocación puede invocar el derecho a la libre circulación de trabajadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia concluye que no puede excluirse que una agencia privada de colocación pueda, en determinadas circunstancias, invocar derechos directamente reconocidos a los trabajadores comunitarios. Ello es así porque “para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro sin discriminación debe tener también como complemento el derecho de los intermediarios, como una agencia privada de colocación, a ayudarles a encontrar un empleo conforme a las normas reguladoras de la libre circulación de los trabajadores” (apdo. 26).

Por otro lado, el Tribunal de Justicia comprueba que la regulación alemana es incompatible con el derecho a la libre circulación de trabajadores, ya que crea un obstáculo que puede disuadir a los demandantes de empleo, en particular a aquellos cuyos recursos económicos son limitados y, por consiguiente, a las agencias privadas de colocación, de buscar un trabajo en otro Estado miembro, puesto que la comisión de intermediación no será abonada por el Estado miembro de origen de dichos demandantes.

Por lo demás, dicho obstáculo no está justificado por imperiosas razones de interés general. Así, las afirmaciones generales relativas a la aptitud del sistema alemán de bonos de intermediación para mejorar la colocación de los trabajadores y disminuir el desempleo en Alemania no bastan para acreditar que el objetivo de dicho sistema justifique que se restrinja el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario, ni aportan datos que permitan estimar razonablemente que los medios elegidos son o podrían ser aptos para la consecución de dicho objetivo. Por otro lado, y frente a la alegación de que la norma controvertida pretende proteger la seguridad social nacional, que sólo puede verse garantizada gracias a las cotizaciones abonadas en el plano nacional, el Tribunal de Justicia declara que no se ha probado la existencia de una relación de causalidad entre la pérdida de cotizaciones sociales en Alemania y la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro. Además, habida cuenta del elevado porcentaje de paro que existe en Alemania, no es patente que un empleo vacante en dicho Estado lo siga estando más tiempo por el hecho de que se haya colocado a un demandante de empleo en otro Estado miembro.

b) Planes de pensiones complementarios e insolvencia del contratista

La STJCE de 25 de enero de 2007, *Robins*, As. C-278/05, versa sobre la interpretación del artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Dicho artículo establece que “los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han

dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social”.

La primera cuestión sometida a consideración del Tribunal en relación con dicho precepto es la relativa a si debe interpretarse en el sentido de que, en caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los planes de pensiones complementarios, la financiación de los derechos adquiridos a prestaciones de vejez debe estar a cargo de los propios Estados miembros, por un lado, y debe ser íntegra, por otro. El Tribunal de Justicia responderá de forma negativa a esta cuestión, ya que, en la medida en que el artículo 8 de la Directiva se limita a imponer en términos generales la obligación de adoptar las medidas necesarias para “proteger los intereses” de las personas afectadas, dicho artículo atribuye a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a efectos de determinar el nivel de protección, que excluye una obligación de garantía íntegra.

Por otro lado, el Tribunal debe responder a la pregunta de si la legislación vigente en Reino Unido se adapta suficientemente a las exigencias del citado artículo. Para formular su respuesta, el TJCE parte de que dos de los demandantes en el litigio principal tan sólo percibieron el 20% y el 49%, respectivamente, de las prestaciones a que tenían derecho. Y aunque el Tribunal de Justicia reconoce que ni el artículo 8 de la Directiva ni ninguna otra disposición de ésta contienen datos que permitan determinar con precisión el nivel mínimo exigido de protección de los derechos a prestaciones en virtud a planes de pensiones complementarios declara que, a la vista de la voluntad expresada hasta la fecha por el legislador comunitario, no puede considerarse que respondan a la definición del término “proteger” utilizado en el artículo 8 de la Directiva unas disposiciones de Derecho interno que pueden proporcionar una garantía de las prestaciones que, en determinadas situaciones, se limita al 20% o al 49% de los derechos que corresponden a un trabajador por cuenta ajena, es decir, menos de la mitad de tales derechos.

D) Libre circulación de capitales

a) Tributación de los dividendos de participaciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro

Mediante la STJCE de 14 de noviembre de 2006, *Kerchhaert, As. C-513/04*, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 56 CE no se opone a una normativa que grave con el mismo tipo impositivo los dividendos de acciones de sociedades establecidas en el territorio de dicho Estado y los dividendos de acciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro, sin prever la posibilidad de imputar el impuesto recaudado mediante retención en la fuente en ese otro Estado miembro.

I. Derecho Comunitario

La argumentación de esta sentencia no es excesivamente prolija. Así, el Tribunal se limita a señalar que si bien una discriminación puede consistir no sólo en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables, sino también en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. No obstante, “la posición de un accionista que perciba dividendos no resulta necesariamente (...) diferente con respecto a la normativa tributaria del Estado de residencia, por el hecho de que los perciba de una sociedad establecida en otro Estado miembro que, en el ejercicio de su potestad tributaria, aplica a dichos dividendos una retención en la fuente en concepto de impuestos sobre la renta”.

b) Obligación del comprador de un predio rústico de establecer su residencia habitual en el mismo

En el ámbito de la libre circulación de capitales, resulta especialmente interesante la **STJCE de 25 de enero de 2007, Festeasen, As. C-370/05**. Dicha sentencia enjuicia la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa danesa que establece la obligación del adquirente de un predio rústico de fijar su residencia estable en el mismo.

No presentando ninguna duda la cuestión de que la normativa controvertida restringe la libertad de movimientos de capitales, la parte más destacable de la sentencia es la que analiza si esta limitación de la libertad comunitaria es admisible, lo que sucedería si persigue un objetivo de interés general, se aplica de manera no discriminatoria y si, además, respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Pues bien, la norma persigue un triple objetivo de interés general, a saber, en primer lugar, mantener la gestión de las tierras agrarias en régimen de explotación directa; en segundo lugar, mantener una población permanente en el medio rural a fines de ordenación del territorio y, en tercer lugar, favorecer una utilización razonable de los terrenos disponibles luchando contra la presión inmobiliaria, evitando las adquisiciones meramente especulativas.

No obstante, aún así, la regulación controvertida no respeta la condición de la proporcionalidad, ya que, en relación con los dos primeros objetivos no es adecuada, y, en relación con el tercero, va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

En efecto, dado que la legislación danesa no establece, junto con la obligación de residencia, la de explotar personalmente la propiedad, no garantiza la preservación de la forma tradicional de explotación directa. Por otro lado, la obligación de residencia no es apta para garantizar el objetivo de contribuir al mantenimiento de la población en el medio rural, ya que éste no se cumple cuando la operación de compra se lleva a cabo por un propietario agrícola que ya reside en otra explotación.

Finalmente, en relación con el tercer objetivo, con la obligación de residencia se pretende reducir el número de compradores potenciales de explotaciones agrícolas y, en consecuencia, es apta para reducir la presión inmobiliaria sobre ellas. Ahora bien, no superará, como ya hemos destacado, el segundo requisito del test de proporcionalidad. Así, para

enjuiciar si va más allá de lo necesario para cumplir el objetivo resaltado, el Tribunal subraya que la mencionada obligación no sólo restringe la libre circulación de capitales sino también el derecho del comprador de elegir libremente su residencia, lo que, sin embargo, le garantiza el artículo 2, apartado 1, del Protocolo núm. 4 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y en este sentido, resaltaré que la obligación de residencia es especialmente restrictiva, al menoscabar un derecho fundamental. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia concluirá que la obligación de residencia no es necesaria para conseguir el objetivo perseguido de evitar la adquisición de terrenos agrícolas por razones puramente especulativas, ya que el Gobierno danés no “ha justificado de qué manera otra medida, mencionada en los autos, de fomento del arrendamiento de residencias adquiridas en un predio rústico sería más restrictiva que esta obligación”. Además, “en las observaciones del mencionado gobierno tampoco se abordaron ni evaluaron otras medidas que podrían, en su caso, atentar en menor grado contra la libre circulación de capitales, como una tributación más elevada sobre las operaciones de reventa de terrenos en un plazo breve desde su adquisición, o incluso la exigencia de una duración mínima significativa de los contratos de arrendamiento de terrenos agrícolas.”

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 amparo. a) Invocación del derecho fundamental vulnerado en la vía judicial previa [artículos 44.1.c) y 50.1.a) LOTC]: Esta invocación debe realizarse ante el tribunal de instancia. b) El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho [artículo 55.1.c) LOTC]: Puede exigir la revisión –aunque sea indirecta– del quantum indemnizatorio. c) Recurso de amparo mixto (artículos 43 y 44 LOTC): El Tribunal Constitucional examina únicamente la vulneración del derecho sustantivo por la Administración, pues examinar la vulneración de derechos procesales por el órgano judicial tendría efectos retardatarios. d) Defectuosa articulación del recurso de amparo (artículos 43 y 44 LOTC): No supone obstáculo para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto. B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Juicio de relevancia (artículo 35.2 LOTC): No es imprescindible explicitarlo cuando es evidente. **3. Distribución de competencias.** A) Competencias sobre urbanismo y derecho de propiedad: cesión del aprovechamiento urbanístico en suelo urbano consolidado (artículo 149.1.1 CE). B) Funciones y permisos del personal al servicio de la Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE).

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2006.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Invocación del derecho fundamental vulnerado en la vía judicial previa [artículos 44.1.c) y 50.1.a) LOTC]: Esta invocación debe realizarse ante el tribunal de instancia

En la STC 280/2006, de 9 de octubre, el Tribunal Constitucional, reiterando jurisprudencia anterior, considera que, para que pueda declararse la total ineficacia de una alegación de vulneración de derecho fundamental por su invocación extemporánea, la circunstancia a considerar fundamentalmente es la de que esa alegación tardía haya impedido en tiempo oportuno su examen y consideración por el órgano judicial competente en cada caso (SSTC 55/1991 y 78/2003).

b) El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho [artículo 55.1.c) LOTC]: Puede exigir la revisión –aunque sea indirecta– del quantum indemnizatorio

La STC 300/2006, de 23 de octubre, nos ofrece un episodio más de la “Guerra de las Cortes” entre el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Se trata de un supuesto muy similar al resuelto por la STC 186/2001, de 17 de septiembre, comentada en el número 14 de esta Revista (Caso Preysler II). En el presente caso el demandante de amparo ya había obtenido una sentencia de amparo favorable a su pretensión, la STC 83/2002, de 22 de abril, que declaró vulnerados sus derechos a la intimidad y a la propia imagen (por unas fotografías obtenidas en una playa y publicadas sin su consentimiento) y anuló la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997. Este último pronunciamiento había anulado, a su vez, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 1993, confirmatoria de la Sentencia de instancia, que había declarado vulnerados los derechos fundamentales mencionados del recurrente de amparo y le había concedido una indemnización de veinte millones de pesetas.

En ejecución de la STC 83/2002, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó nueva Sentencia el 14 de noviembre de 2002 en la que reconocía “por imperativo legal” que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen del recurrente de amparo. Sin embargo, realizó una nueva valoración de la cuantía de la indemnización prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, estimándola en 200 euros, en atención a la escasa trascendencia de las fotografías, a la alta capacidad económica del perjudicado y a la situación de las personas en un lugar público, entre otras circunstancias.

El perjudicado por la difusión de las fotografías interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra esta segunda Sentencia del Tribunal Supremo alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) tanto por la fijación de

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

una indemnización meramente simbólica como por la falta de motivación de la fijación de la indemnización por la Sentencia impugnada. Alegó también vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en la STC 83/2002, entendiendo que la fijación de una indemnización meramente simbólica menoscababa la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en dicha Sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional entra a conocer la alegada vulneración de los derechos sustantivos a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE) y comienza recordando que, según lo dispuesto en los artículos 87.1 LOTC y 5.1 LOPJ, los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional entiende que la revisión de la cuantía de la indemnización realizada por el Tribunal Supremo no puede sustentarse en los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 y, además, se aparta abiertamente de los criterios establecidos en la STC 83/2002. En esta Sentencia se estableció que la difusión de las controvertidas imágenes constituyó una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen del recurrente de amparo, por cuanto dichas fotos “carecen en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad porque no afectan al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país”. El Tribunal Constitucional estima que este criterio ha sido tomado de forma equivocada por el Tribunal Supremo para minusvalorar la lesión que las imágenes difundidas causaron en los derechos fundamentales del recurrente.

En atención a estos y otros argumentos, el Tribunal Constitucional entiende que “al revisar el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, la Sentencia impugnada desconoció los criterios contenidos en la STC 83/2002, realizando una interpretación que, lejos de reparar tales derechos, los lesiona de nuevo”.

En conclusión, el Tribunal Constitucional –de forma similar a como falló en la STC 186/2001– otorga el amparo, anula la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002 y declara la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 1993.

El Magistrado don Pablo Pérez Tremps formula un interesante Voto Particular a esta Sentencia. Su discrepancia con el fallo de la mayoría es doble. Por un lado, es de carácter procesal, pues este Magistrado considera que habría sido más adecuado sustanciar la petición del recurrente como un incidente de ejecución de la STC 83/2002, conforme a lo previsto en el artículo 92 LOTC, y no como un nuevo recurso de amparo. Ésta es su opinión, aunque es consciente de la falta de claridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto a la delimitación del contenido del incidente de ejecución. Incluso recuerda que la STC 186/2002, citada como precedente de la presente Sentencia, tuvo su origen en un incidente de ejecución que la Sala decidió tramitar como recurso de amparo.

Pero la discrepancia del Voto Particular del Magistrado Pérez Tremps es también de fondo. En su opinión, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 2002, anulada por el Tribunal Constitucional, no produjo lesión de los

derechos a la intimidad y a la propia imagen. Entiende el Magistrado discrepante que la Sentencia del Tribunal Supremo motivó adecuadamente la determinación de la cuantía de la indemnización y que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 37/1982 y 144/2005, entre muchas otras), no corresponde a este Tribunal establecer la eventual indemnización por daños y perjuicios derivados de las vulneraciones constitucionales que declara, siendo ésta una cuestión de legalidad ordinaria.

Contra esta opinión, cabría hacer referencia a distintas aportaciones doctrinales [vid., por ejemplo, L. JIMENA QUESADA, “La introducción del derecho a la indemnización en el proceso de amparo constitucional” en P. PÉREZ TREMP (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004] que consideran que la tutela efectiva de los derechos fundamentales realizada mediante el recurso de amparo constitucional puede incluir el derecho a una indemnización, cuando la reparación del derecho fundamental vulnerado es imposible por otro medio, como sucede en las violaciones de los derechos de la vida privada y esta posibilidad viene avalada por el artículo 55.1.c) LOTC, como el propio Magistrado discrepante reconoce en su Voto Particular. A mayor abundamiento, y como recuerda la Sentencia comentada, el propio artículo 9.3 de la LO 1/1982 establece como uno de los criterios para la valoración de la indemnización en las lesiones de los derechos de la vida privada “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. Esta disposición legal configura la indemnización reparadora de las vulneraciones de los derechos a la vida privada como eminentemente disuasoria de nuevas lesiones pues, de lo contrario, sería rentable para los medios de comunicación vulnerar estos derechos aunque tuviesen que pagar una indemnización por ello.

c) Recurso de amparo mixto (artículos 43 y 44 LOTC): El Tribunal Constitucional examina únicamente la vulneración del derecho sustantivo por la Administración, pues examinar la vulneración de derechos procesales por el órgano judicial tendría efectos retardatarios

La STC 307/2006, de 23 de octubre, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) por la que deniega la revisión de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente reconocida al demandante, resolución a la que el demandante imputa vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE. También fue recurrida la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 8 de enero de 2003 que declaró ajustada a Derecho la actuación del INSS. A esta Sentencia el demandante le imputa la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE por no reparar la actuación de la Administración y también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 14.1 CE.

El Tribunal Constitucional considera que el objeto central del proceso judicial previo ha sido determinar si existía vulneración del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Las lesiones procesales denunciadas, aunque existieran, no impedirían el juicio del Tribunal Constitucional respecto de la lesión principal imputable a la Administración. La apreciación en sede constitucional de dichas lesiones procesales sólo

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

tendría un efecto retardatario para la efectiva tutela del derecho fundamental a la igualdad. Por tanto, el Tribunal entra de lleno en el juicio de la vulneración de este derecho, sin pronunciarse sobre las lesiones procesales (SSTC 220/2005 y 279/2005).

d) Defectuosa articulación del recurso de amparo (artículos 43 y 44 LOTC): No supone obstáculo para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo del asunto

En la **STC 324/2006, de 20 de noviembre**, el Tribunal Constitucional entra a analizar la segunda y principal alegación del recurso de amparo, esto es, la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE. Pone de manifiesto el Tribunal que, aunque el recurso se ha presentado por el cauce del artículo 44 LOTC contra la Sentencia Judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra, en realidad se trata de un recurso de amparo ex artículo 43 LOTC contra la Resolución del Ayuntamiento de Marín que no fue reparada por el órgano judicial que conoció del asunto. El Tribunal Constitucional estima que el hecho de que la recurrente haya articulado defectuosamente la demanda no supone obstáculo para que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, toda vez que en la demanda ha quedado suficientemente identificado y fundamentado su objeto, habiendo, además, recibido respuesta al respecto en la vía judicial previa (SSTC 98/2003 y 184/2006).

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Juicio de relevancia (artículo 35.2 LOTC): No es imprescindible explicitarlo cuando es evidente

La **STC 297/2006, de 11 de octubre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra contra las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Ley Foral 19/2000, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 2001. El debate de fondo es si la regulación contenida en ambas disposiciones respecto de la actualización de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra y de sus organismos autónomos, así como de las pensiones de las clases pasivas de estas Administraciones con derecho a actualización, vulnera los artículos 149.1.13 y 156.1 CE por implicar un crecimiento superior al 2% previsto con carácter básico en el artículo 21 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001 para todo el personal al servicio del sector público.

Con carácter previo, el Tribunal Constitucional analiza el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la cuestión. Pone de manifiesto que el Auto de planteamiento de la cuestión no exterioriza el carácter prejudicial de la duda de constitucionalidad y la conexión entre el Decreto Foral impugnado en el proceso *a quo* y los preceptos cuestionados. De hecho, según reconoce el Tribunal Constitucional, más allá de reproducir estos preceptos y las normas de la Ley de Presupuestos Generales del Estado que sirven de parámetro

de control, el juicio de relevancia llevado a cabo por el Tribunal Superior de Justicia no se ha reflejado en dicho Auto de planteamiento.

El Tribunal Constitucional comienza recordando la reiterada jurisprudencia constitucional que exige la exteriorización del juicio de relevancia para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, considera que en el caso de la Disposición Adicional Primera de la Ley foral cuestionada tal déficit no resulta definitivo si se tiene en cuenta que el nexo causal entre esta disposición y el Decreto Foral 38/2000 impugnado en la vía contencioso-administrativa se halla reflejado en el propio título de esta última norma. Añade el Tribunal que, en la medida en que el Decreto impugnado determina las cuantías retributivas para el ejercicio de 2001 en ejecución de las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales de Navarra para dicho ejercicio, el juicio de relevancia puede considerarse satisfecho implícitamente, teniendo en cuenta la flexibilidad con que tradicionalmente ha interpretado el requisito del artículo 35.2 LOTC (SSTC 76/1990, 337/1994 y 67/2002).

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En relación con la distribución de competencias, debemos destacar que la mayoría de las Sentencias dictadas en el trimestre carece de interés doctrinal, porque se limita a aplicar resoluciones que hemos comentado en números anteriores de JA:

– **STC 297/2006, de 11 de octubre:** se reiteran los fundamentos jurídicos empleados en la STC 148/2006, de 9 de mayo (comentada en JA núm. 33). El TC rechaza de nuevo flexibilizar los límites retributivos establecidos por el Estado en aras al cumplimiento de los criterios de convergencia (artículos 149.1.13 y 156.1 CE), por lo que se anulan los mecanismos previstos en la ley presupuestaria autonómica para compensar a los funcionarios por la desviación de la inflación durante el año 2000.

– **SSTC 313/2006 y 314/2006, de 8 noviembre, y 364/2006, de 20 de diciembre:** se confirma la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo. Se reproducen los argumentos utilizados en la STC 251/2006 para justificar que la Comunidad Autónoma puede regular la composición del jurado de expropiación forzosa (comentada en JA, núm. 34).

– **STC 315/2006, de 8 de noviembre:** se utiliza la misma fundamentación que en los casos anteriores para resolver un caso análogo. Se declara constitucional el artículo 152 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística, en el que también se establecía la composición del jurado de expropiación.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

A) Competencias sobre urbanismo y derecho de propiedad: cesión del aprovechamiento urbanístico en suelo urbano consolidado (artículo 149.1.1 CE)

La STC 365/2006, de 21 de diciembre, anula diversos artículos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística. El motivo es que la norma autonómica impone deberes de cesión a todos los propietarios de suelo urbano en contra del artículo 14.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV). La legislación estatal, dictada al amparo del artículo 149.1.1 CE, dispensa de esta obligación a los propietarios de suelo urbano consolidado. Según el TC, la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las Comunidades Autónomas frustraría el fin igualador buscado por los artículos 149.1.1 CE y 14.1 LRSV (en el mismo sentido, la STC 54/2002, de 27 de febrero).

B) Funciones y permisos del personal al servicio de la Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE)

La STC 294/2006, de 11 de octubre, resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto del Gobierno vasco 309/2000, de 26 de diciembre, que recoge el contenido de un acuerdo entre el ejecutivo autonómico y las organizaciones sindicales sobre la “modernización en la prestación del servicio público de la Justicia”. Hay tres aspectos controvertidos:

El primer aspecto controvertido es la modificación de la organización de la oficina judicial mediante la designación de coordinadores de área en materia informática y de relaciones con terceros. El TC destaca las siguientes características de las “funciones de coordinación”: a) son desempeñadas por Oficiales o Auxiliares al servicio de la Administración de Justicia destinados en servicio activo en la plantilla del órgano de que se trate, sin ocupar puestos específicos y sin alteración de su condición funcional; b) dichas funciones se llevan a cabo bajo la dependencia y control directo del Secretario Judicial y sin perjuicio de la superior dirección del Juez o Magistrado correspondiente, y c) la designación de los coordinadores se realizará mediante convocatoria pública y concurso de méritos por un plazo de dos años.

A partir de las citadas características, la Sentencia descarta que se haya producido vulneración alguna del principio de unidad de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Se insiste en que las funciones de coordinación se prestan por estos funcionarios sin alteración de su relación funcional y de acuerdo con lo previsto en los artículos 476.k), 477.g) y 478.i) LOPJ, que prevén que legal o reglamentariamente se atribuyan a aquéllos otras funciones de naturaleza análoga a las desempeñadas.

El segundo aspecto que se debate en este conflicto es la previsión de la existencia de una licencia a favor del personal al servicio de la Administración de Justicia por lactancia.

El TC comienza recordando que la regulación de los derechos y deberes de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia se encuentra reservada a la competencia del Estado, por lo que las CCAA no pueden crear nuevos permisos o licencias. No obstante, la Sentencia se fija en que el legislador estatal ya ha concedido a los funcionarios (tanto

el padre como la madre) con un hijo menor de nueve meses el derecho a disfrutar de una hora diaria de ausencia del trabajo, dividido en dos fracciones o sustituible por una reducción de jornada en media hora a la entrada o a la salida.

La novedad que introduce la regulación vasca respecto del precepto estatal consiste en prever que “la funcionaria podrá optar entre hacer uso del permiso a que se refiere el párrafo anterior o acumular el tiempo resultante a la licencia por embarazo o alumbramiento”. Según la Sentencia, el Gobierno vasco no crea un derecho nuevo, sino sólo introduce una mejora en la forma de concesión del permiso. Se concluye que la posibilidad de variar la forma de utilización o disfrute de un permiso establecido con carácter general no pone en riesgo la unidad del sistema.

Los Magistrados Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata Pérez sostienen, en el Voto Particular, que la forma de disfrute corresponde conceptualmente al plano de la regulación legal del permiso. Se razona que la posible acumulación del permiso de lactancia a la licencia por embarazo o alumbramiento supone, de hecho, la extensión temporal de esta última licencia; o en otros términos, la fusión de dos permisos en uno solo. El Voto Particular apenas argumenta la afirmación, que dista de ser evidente, de que la modificación de la configuración del permiso distorsiona la regulación estatal y quiebra el “núcleo de homogeneidad del sistema”.

Se analiza por último si la Comunidad Autónoma puede prever una licencia para visitar a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad. De forma unánime, el TC destaca que esta figura no tiene correlato en la normativa estatal, por lo que se trata de la creación de un nuevo permiso, diferente a los previstos en el régimen general y del que no disfrutaban los funcionarios de la Administración de Justicia destinados en otras Comunidades Autónomas. La Sentencia niega que este derecho pueda ser considerado una modalidad del permiso por causas justificadas a que se refiere el artículo 503.1 LOPJ, aunque no se descarta que la autoridad que deba decidir sobre la concesión del permiso pueda utilizar este último para facilitar las visitas a familiares presos. El carácter diferenciado del permiso y aditivo al sistema general hace que la norma impugnada entre en colisión, según el TC, con el régimen de la LOPJ.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ENCARNACIÓN CARMONA

JOAQUÍN BRAGE

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**Sumario:****1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos**

Humanos. A) Introducción. B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 CEDH. a) La detención durante más de dos meses en un centro de adultos y la expulsión de una menor de 5 años determina la vulneración de los artículos 3, 5 y 8 CEDH.

C) Derecho a la libertad y a la seguridad: artículo 5 CEDH. a) La imposición de una pena privativa de libertad por la sola decisión del superior jerárquico vulnera el artículo 5 CEDH. D) Derecho a un proceso equitativo: artículo 6 CEDH. a) Límites admitidos al

derecho de acceso a los tribunales como consecuencia de la aplicación de la doctrina del acto político. b) Derecho al examen de un testigo de cargo y juicio oral: prueba de im-

posible reproducción y testimonios de testigos en fase sumarial. E) Vida privada y familiar: artículo 8 CEDH. a) La utilización de informes médicos confidenciales en un pro-

ceso de divorcio vulnera el derecho a la vida privada. b) Vida familiar y garantías de la expulsión. c) La expulsión de residente de larga duración con condenas penales no supo-

ne una vulneración del artículo 8 CEDH. d) Derecho a la vida privada y función pública: el Convenio no protege el acceso a la función pública, pero puede haber excepciones

derivadas de las conexiones con el libre desarrollo de la personalidad. e) Inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. f) Derecho a la vida privada y familiar y procesa-

miento de desechos peligrosos y nocivos cerca del domicilio. g) Derecho a la vida familiar y alejamiento de los hijos. h) Derecho a la vida familiar y procedimientos dirigidos

a contestar la paternidad. F) Libertad de pensamiento, conciencia y religión: artículo 9 CEDH. a) La negativa de las autoridades rusas a (re)inscribir una asociación religiosa

determina la vulneración de los artículos 9 y 11 CEDH. G) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH. a) La condena, aun mínima, por presentar una queja contra una autoridad

local vulnera el artículo 10 CEDH. b) Derecho a la información e imagen de personas públicas: ¿Una moderación del asunto von Hannover? c) La no transmisión de hechos

relevantes (falta de veracidad “por omisión”) puede lesionar la reputación ajena pese a la veracidad de lo transmitido. d) La libertad de expresión de los Abogados fuera de los procesos y en los medios de comunicación. H) Libertad de reunión y manifestación: artículo 11 CEDH. a) Alcance de la ausencia de comunicación previa y proporcionalidad en la disolución de la manifestación. b) Libertad de asociación en partidos: el rechazo a la inscripción es una medida radical y normalmente desproporcionada. I) Libertad de circulación y residencia: artículo 2 del Protocolo 4. a) La expulsión de un extranjero tras ser sancionado por dormir en un domicilio no autorizado y sin previsión legal al respecto determina la vulneración de la libertad de circulación y residencia. b) Las restricciones derivadas de la protección de secretos de Estado han de satisfacer el test de necesidad y proporcionalidad. J) Derecho a la doble instancia penal: artículo 2 del Protocolo 7. a) Derecho a la doble instancia en materia penal y excepción para las infracciones menores. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Igualdad: artículo 14 CE. a) Revisión de base reguladora de pensión por incapacidad permanente. b) Discriminación por razón de edad: no existe en caso de jubilaciones forzosas previstas en convenio colectivo. c) Discriminación por razón de sexo. Cualquiera trabajadora ha de poder disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del de su permiso de maternidad. d) Discriminación por razón de sexo. Despido de mujer embarazada. B) Derecho a la tutela judicial efectiva: artículo 24 CE. a) Denegación de ejercicio de acción popular a una Administración cuando tenía habilitación para ello en una Ley. b) Denegación de la declaración de internos testigos presenciales en expediente disciplinario penitenciario. c) Condena penal por conducción etílica basada sólo en los resultados del test practicado y en su posible efecto en un “individuo medio”. C) Reiteración de doctrina según la cual la inadmisión a limine del hábeas corpus, fundada en la legalidad de la detención, vulnera el artículo 17.4 CE. D) La revisión a la baja del quantum indemnizatorio fijado en primera instancia tras sentencia del TC puede suponer la vulneración del artículo 18 CE. E) El secreto de las comunicaciones no cubre el envío de paquetes con droga (artículo 18.3 CE). F) Libertad de expresión: artículo 20 CE. a) La libertad de expresión de los miembros de la Guardia Civil: ¿una ponderación diversa de los valores constitucionales en conflicto? b) Libertad de expresión en el marco del ejercicio del derecho a la defensa: Una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente. G) La reiteración

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de manifestaciones tiene cobertura constitucional (artículo 21 CE). H) Derecho a no ser removido del cargo representativo por aplicación de los estatutos de un partido político (artículo 23.2 CE). I) La negativa de la presidencia del Parlamento vasco a repetir una votación, en la que un fallo del sistema electrónico impidió el voto de una diputada, lesiona el derecho de ésta a ejercer su *ius in officium* (artículo 23.2 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Nacionalidad, antecedentes penales y convivencia y separación matrimonial (artículo 11 CE). B) Derecho a la igualdad en el ámbito privado (artículo 14 CE): La participación de mujeres en el desfile del Alarde de Fuenterrabía. C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE): Medidas cautelares y principio dispositivo. D) Expulsión de territorio nacional y motivación (artículo 24 CE). E) Derecho fundamental a la huelga, servicios mínimos y déficit de motivación (artículo 28.2 CE).

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2006, del Tribunal Constitucional, desde la STC 279/2006, de 9 de octubre, hasta la STC 365/2006, de 21 de diciembre, y del Tribunal Supremo de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre septiembre y diciembre de 2006.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En el último trimestre de 2006, el TEDH ha dictado un total de 518 sentencias. Como es habitual, un importante número de asuntos se ha limitado a constatar que se han producido **dilaciones indebidas** en procedimientos ante tribunales nacionales. Entre los países afectados destacan Polonia, con más de 34 sentencias en su contra, y Rusia, con más de 17.

También, como en números anteriores, continúa produciéndose un importante número de condenas a Turquía en el contexto de la lucha contra el terrorismo kurdo, con vulneraciones de diferentes artículos del Convenio, entre ellos el 3, en el asunto **Dilek Yilmaz c. Turquía**, de 31 de octubre; el 5, en el asunto **Keklik y otros c. Turquía**, de 3 de octubre; el 10, en el asunto **Baskaya c. Turquía**, de 3 de octubre, y en el asunto **Tüzel c. Turquía** (núm. 2), de 31 de octubre; el 6, por falta de imparcialidad de los tribunales militares

en el asunto **Comak c. Turquía**, de 10 de octubre; y el 11, en el asunto **Metin Turan c. Turquía**, de 14 de noviembre. También en este contexto, hay que hacer referencia al asunto **Tunceli Kültür Ve Dayanışma Derneği**, de 10 de octubre, en el que se disuelve una asociación cultural, y se condena a los miembros de su dirección a un año de prisión y una multa por realizar una declaración de contenido político, ajena a su objeto social, en virtud de una ley entonces vigente en Turquía y que ha sido derogada. En este caso, se declara la violación del artículo 11.

Similar, en cuanto al contexto en el que se desarrolla, es el asunto **Estamirov y otros c. Rusia**, de 12 de octubre, que supone una vulneración del artículo 2 en Chechenia.

Destaca también una serie de condenas a algunos países parte del CEDH por el estado de sus centros penitenciarios. Estas condenas, que se derivan de la vulneración del artículo 3 CEDH, no sólo afectan a países del Este de Europa, como es el caso de Ucrania (asuntos **Dvoynikh**, de 12 de octubre y **Koval**, de 19 del mismo mes), Bulgaria (asunto **Staykov**, de 12 de octubre), Rusia (asunto **Khudobin c. Rusia**, de 26 de octubre) o Moldavia (asunto **Holomiov c. Moldavia**, de 7 de noviembre), sino también a países como Francia (asunto **Vincent c. Francia**, de 24 de octubre), o Grecia (asunto **Serifis c. Grecia**, de 2 de noviembre).

Finalmente, otro importante número de sentencias condena a una serie de Estados parte del CEDH por vulneración del derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo adicional como consecuencia de irregularidades en la expropiación de bienes inmuebles o por la falta de ejecución o la tardía ejecución de sentencias firmes. Entre los primeros supuestos, destacan numerosos asuntos en los que se condena a Rumanía, a Italia y a Turquía, entre ellos, **Patrichi c. Rumanía**, de 12 de octubre, **Açikgöz c. Turquía**, de 24 de octubre y **Emanuele Calandra y otros c. Italia**, de 26 de octubre. Las sentencias que declaran la vulneración del artículo 1 del Protocolo adicional por la falta de ejecución o la tardía ejecución de sentencias firmes son más variopintas, proviniendo de países como Rusia (asunto **Kazartsev c. Rusia**, de 2 de noviembre), Ucrania (asunto **Vorona v. Ucrania**, de 9 de noviembre), Turquía (asunto **Baba c. Turquía**, de 24 de octubre), o Lituania (asunto **Jurevičius c. Lituania**, de 14 de noviembre).

Entre el resto de los asuntos han de destacarse los siguientes:

B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 CEDH

a) La detención durante más de dos meses en un centro de adultos y la expulsión de una menor de 5 años determina la vulneración de los artículos 3, 5 y 8 CEDH

En el asunto **Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica**, de 12 de octubre, las recurrentes son una madre y su hija de origen congoleño y refugiadas en Canadá. Los hechos se inician cuando la madre encarga a su hermano, de nacionalidad holandesa, que vaya a

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la República Democrática del Congo a buscar a la niña, de cinco años de edad. Al regresar a Bruselas, las autoridades retienen a la niña, que viajaba sin documento alguno, y telefeonean a la madre, que inicia la tramitación de un visado desde Canadá. Mientras tanto se rechaza la entrada de la niña en territorio belga y se la ingresa en un Centro de internamiento de expulsión para adultos. Tras dos meses en el Centro, un juez belga considera esa situación incompatible con la Convención de derechos del niño y ordena su puesta en libertad, tras lo cual la niña es devuelta al Congo acompañada de una asistente social. El mismo día en que la niña es enviada al Congo, las autoridades canadienses comunican a las belgas que la menor tiene derecho a la reagrupación familiar con su madre refugiada, por lo que la niña es finalmente entregada a su madre en Canadá.

En este asunto, Bélgica es condenada por vulneración de una pluralidad de preceptos del Convenio. El TEDH considera que la detención durante más de dos meses de una niña de cinco años determina la violación de la prohibición de infligir tratos inhumanos y degradantes tanto en relación a la niña como a la madre. Igualmente, el TEDH considera que la expulsión de la menor es un trato inhumano y que las condiciones en que ésta sufrió detención determinan la vulneración del artículo 5. Finalmente, al tratarse de una menor no acompañada, el TEDH indica que el Estado belga tenía la obligación de facilitar su reagrupación familiar, y que al no hacerlo ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar tanto de la madre como de la niña.

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

a) La imposición de una pena privativa de libertad por la sola decisión del superior jerárquico vulnera el artículo 5 CEDH

El asunto *Dacosta Silva c. España*, de 2 de noviembre, condena a España al considerar que la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, sobre el régimen disciplinario de la Guardia Civil, y en concreto, la posibilidad de que los miembros de la Guardia Civil sean sancionados con penas de arresto domiciliario que van desde el día hasta los 30 días con la sola intervención de su superior jerárquico, son contrarias al derecho a la libertad y a la seguridad. El TEDH analiza dos cuestiones de relevancia en este asunto. En primer lugar, plantea si la reserva española sobre los artículos 5 y 6 CEDH puede ser aplicada al régimen disciplinario de la Guardia Civil a tenor de lo previsto en el artículo 57 CEDH. El TEDH rechaza esta posibilidad, al considerar que, a pesar de que el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas fue aplicado a la Guardia Civil durante un período de tiempo, la reserva española, realizada en 1979 y reiterada en 1986, no podría afectar a una ley adoptada posteriormente, y no podría afectar más que al cuerpo al que efectivamente iba dirigida, las Fuerzas Armadas. En segundo lugar, el TEDH analiza si la LO 11/1991 contradice lo dispuesto en el artículo 5 CEDH, vulnerando el derecho a la libertad y a la seguridad. El TEDH confirma esta vulneración al subrayar que los arrestos domiciliarios que prevé la ley indicada son, efectivamente, una privación de libertad y que esa privación no viene impuesta “en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente”, tal y como exige el artículo 5 CEDH, sino del superior jerárquico del oficial.

D) Derecho a un proceso equitativo: artículo 6 CEDH**a) Límites admitidos al derecho de acceso a los tribunales como consecuencia de la aplicación de la doctrina del acto político**

En *Markovic y otros c. Italia*, de 14 de diciembre, la Gran Sala ha de enfrentarse a un importante y discutido asunto, en el que intervendrían también como partes los Gobiernos de Reino Unido y de Serbia y Montenegro, como consecuencia del recurso presentado por diez recurrentes contra la decisión de la Corte de Casación italiana por la que inadmitía a trámite por incompetencia (sin que ningún tribunal italiano entrara en el fondo de la cuestión) el recurso de aquéllos solicitando indemnizaciones como consecuencia de las muertes de sus familiares tras los bombardeos en la antigua Yugoslavia realizados por aviones de la OTAN que despegaron de suelo italiano. En una decisión poco habitual se celebró una audiencia pública el 15 de diciembre de 2005. Este caso resulta particularmente importante porque, tal y como señala el Voto Particular, abre la cuestión capital de la posición del ciudadano frente a las autoridades públicas cuando se alega la existencia de *razones de Estado*.

El TEDH declara la aplicabilidad de las previsiones del Convenio (en particular el artículo 6) al caso planteado y la admisibilidad del supuesto. En lo que se refiere al fondo de la cuestión, el TEDH recuerda que la Corte de Casación italiana rechazó la petición de los recurrentes porque se trataba de daños producidos por una acción de guerra; acción de naturaleza estrictamente política que no puede ser objeto de revisión y supervisión judicial, no existiendo en la normativa internacional vigente previsiones susceptibles de justificar una reclamación civil por daños causados en actos de guerra. Aunque el TEDH no suele entrar en la forma en que los tribunales internos aplican el Derecho, ni siquiera cuando el Derecho aplicado sea Internacional, el TEDH entiende que no existe ningún error de apreciación en el Tribunal nacional a la hora de interpretar la normativa internacional aplicable (la Convención de Londres o el Protocolo de 1977). La aplicabilidad de la doctrina del acto político a los actos de guerra realizada por la Corte de Casación italiana tampoco plantea, a juicio del TEDH, problemas desde la perspectiva del artículo 6 CEDH pues no tiene naturaleza general o absoluta de forma que no excluye arbitrariamente del control judicial actos de los poderes públicos nacionales: el artículo 6 no garantiza derechos civiles particulares o resultados determinados. La doctrina utilizada por la Corte de Casación no implica inmunidad, sino fijación de los límites de la revisión judicial de la política exterior, y en concreto de los actos de guerra. Las reclamaciones realizadas fueron, pues, suficientemente examinadas y recibieron una respuesta fundada en Derecho por lo que no puede apreciarse violación del derecho de acceso a los tribunales.

La posición de la mayoría recibe el duro contrapunto de un importante voto particular que constituye, a nuestro juicio, un bello ejercicio de lo que debería haber planteado el TEDH y del papel que una instancia como ésta puede desarrollar en la garantía de las libertades y los derechos de los ciudadanos cuando los tribunales de los Estados miembros se pliegan a intereses (la defensa de la razón de estado o de la política exterior y militar)

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

diferentes a los derivados de la protección de los derechos. En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo ha desaprovechado una importante ocasión para limitar o perfilar a nivel europeo una de las teorías que más han perjudicado la libertad de los europeos en nuestra reciente historia: la doctrina del acto político o acto de gobierno fundado en la *razón de Estado*.

b) Derecho al examen de un testigo de cargo y juicio oral: prueba de imposible reproducción y testimonios de testigos en fase sumarial

Es relevante el matiz que sienta el asunto **Klimentyev c. Rusia**, de 16 de noviembre, que rechaza la violación del artículo 6.1.d) CEDH relativo al derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él. La Corte afirma que la admisibilidad de las pruebas es, en primer lugar, una materia sometida a la regulación de su régimen jurídico por las leyes nacionales, y su valoración a los tribunales nacionales, incluida la selección del medio de prueba adoptado. Ciertamente, la prueba debe producirse normalmente en presencia del acusado y en una audiencia pública que permita la contradicción. Pero esto no significa que la declaración del testigo deba siempre producirse ante el tribunal y en público para ser admitida como prueba, pues esto podría resultar imposible en ciertos casos; así ocurre con los testimonios obtenidos en los más tempranos estadios del proceso siempre y cuando se respeten los derechos de defensa, dando al acusado la oportunidad de contradecir y cuestionar al testigo en su contra. En este caso, el acusado tuvo una razonable oportunidad de examinar esos testimonios durante las primeras fases del proceso, y las autoridades hicieron luego lo posible para que los testigos –unos extranjeros que no residían en Rusia– comparecieran en el juicio, pero lo rechazaron y aquéllas carecían de medios para obligarles a que lo hicieran.

E) Vida privada y familiar: artículo 8 CEDH

a) La utilización de informes médicos confidenciales en un proceso de divorcio vulnera el derecho a la vida privada

En el asunto **L.L. contra Francia**, de 10 de octubre, el TEDH declara la vulneración del artículo 8 CEDH en un supuesto en el que la esposa del recurrente utilizó, en su proceso de divorcio y en contra del recurrente, informes médicos confidenciales que justificaban su alcoholismo, sin su consentimiento y sin intervención de un experto médico para su discusión. La utilización de estos informes en las condiciones indicadas implica, para la Corte, la vulneración del derecho a la vida privada.

b) Vida familiar y garantías de la expulsión

El asunto **Kaya c. Rumanía**, de 12 de octubre, resuelve el recurso planteado por un ciudadano turco que residía en Rumanía desde hacía cinco años y estaba casado con una rumaná. En el año 2005, este ciudadano es declarado “indeseable” y se prohíbe su estancia en ese país durante 15 años como consecuencia de que “informaciones suficientes y serias indican que realiza actividades que ponen en peligro la seguridad nacional”.

El TEDH analiza la prohibición desde el punto de vista del artículo 8 y de las garantías de expulsión del artículo 1 del Protocolo 7. Con relación al artículo 8 CEDH, la Corte se remite a un asunto similar, **Lupsa c. Rumanía**, de 8 de junio de 2006, y afirma que toda persona que es objeto de una medida basada en motivos de seguridad nacional debe de contar con garantías frente a la arbitrariedad y, especialmente, con la posibilidad de hacer controlar la medida litigiosa por un órgano independiente e imparcial, y de contar con un procedimiento contradictorio. Estas garantías no estaban previstas en la legislación rumana en la materia, por lo que no se puede considerar que la injerencia en el artículo 8 CEDH estuviera prevista por la ley, y en consecuencia, concluye, existe violación del artículo 8 y del artículo 1 del Protocolo 7, en cuanto la ley rumana aplicada no responde a las exigencias de la Convención.

c) La expulsión de residente de larga duración con condenas penales no supone una vulneración del artículo 8 CEDH

El asunto **Üner c. los Países Bajos**, de 18 de octubre, es resuelto por una sentencia de la Gran Sala del TEDH en la que se analiza la expulsión de un extranjero residente desde los 12 años en Holanda, con hijos holandeses habidos con una holandesa y que había cometido diversos delitos menores hasta que, en 1998, es condenado a siete años de prisión por homicidio involuntario, y es expulsado a Turquía al terminar la condena. En el año 2006 se le descubre en Holanda, trabajando en una plantación ilegal de cannabis, es condenado a tres meses de prisión y vuelto a expulsar. La Corte, tras un repaso completo a su jurisprudencia en la materia, considera proporcional la expulsión y niega que exista vulneración del artículo 8.

d) Derecho a la vida privada y función pública: el Convenio no protege el acceso a la función pública, pero puede haber excepciones derivadas de las conexiones con el libre desarrollo de la personalidad

El asunto **Karov c. Bulgaria**, de 16 de noviembre, analiza las conexiones (indirectas) entre el acceso a la función pública y el derecho a la vida privada, reconocido por el artículo 8 CEDH. El Tribunal resume bien su jurisprudencia sobre la noción de vida privada. Afirma que es una noción tan amplia que no se presta a una definición exhaustiva, pero abarca la integridad física y moral de la persona y elementos personales tales como son la identidad sexual, el nombre, la orientación y la vida sexual; el derecho del individuo a su identidad y desarrollo personal, y el derecho a desarrollar actividades en el mundo exterior, comprendidos los dominios comercial y profesional. Sin embargo, se recuerda que el acceso a la función pública no tiene un fundamento específico en el CEDH (véanse, respectivamente, los asuntos **Glaserapp** y **Kosiek c. Alemania**, de 1986), y, en consecuencia, la Corte reitera que el derecho a elegir una profesión no viene garantizado por el CEDH.

No obstante, el TEDH matiza su doctrina y recuerda que, igualmente, se ha admitido la conexión entre vida privada y función pública en ciertos casos singulares, pero sólo como excepción a esta regla general. Así se ha reconocido que la prohibición universal a

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los antiguos agentes del KGB de ocupar un gran número de empleos en el sector privado afectaba a la vida privada (asunto **Sidabras** y otros c. Lituania); o que pueden afectar a este derecho las incapacidades personales impuestas a las personas declaradas incapaces en caso de quiebra en Italia por las que se les veda el ejercicio de ciertas profesiones reglamentadas y ocupar ciertos puestos (asunto **Albanese** c. Italia).

Sentada esta relevante doctrina general, se rechaza la demanda en el extremo referido al artículo 8 CEDH, ya que el actor si bien alegaba que había sido privado de la posibilidad de ocupar su puesto de funcionario y de encontrar otro empleo durante algún tiempo, no había sido privado de forma total de esta posibilidad de acceso, sino sólo como medida cautelar adoptada en el seno de un proceso penal.

e) Inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas

El asunto **Taner Kiliç c. Turquía**, de 24 de octubre, reitera la jurisprudencia **Niemietz c. Alemania** del TEDH y considera que la entrada en el domicilio y en la oficina del demandante y la confiscación de cintas y documentos de las mismas, incluidos documentos profesionales, vulnera el derecho a la vida privada del recurrente en cuanto la intromisión en el derecho no fue realizada de acuerdo con la ley del Estado condenado.

f) Derecho a la vida privada y familiar y procesamiento de desechos peligrosos y nocivos cerca del domicilio

En el asunto **Giacomelli c. Italia**, de 2 de noviembre, el TEDH considera que la existencia de una empresa de procesamiento de desechos peligrosos y nocivos a menos de 30 metros del domicilio de la demandante y, el peligro para el medio ambiente y la salud de las personas que esta ubicación conlleva, vulneran el artículo 8 CEDH. El TEDH considera que los Estados parte de la CEDH tienen la obligación no sólo de no dañar el medio ambiente con medidas como la indicada, sino de regular la actividad de los particulares para que situaciones como la citada no lleguen a producirse. En este segundo caso, y a pesar del margen de apreciación nacional en la materia, el TEDH entrará a valorar no sólo el contenido material de la actividad del Estado, sino también el proceso de adopción de la decisión estatal, a fin de verificar que los intereses de los particulares han sido debidamente tenidos en cuenta. En el análisis del caso, el TEDH confirma que, a pesar de que la legislación italiana sobre el medio ambiente rechaza la existencia de empresas como la indicada cerca de lugares habitados, y que una sentencia firme determinó que la actividad de la empresa debía ser suspendida a fin de que la misma se adecuara a la legislación sobre el medio ambiente, la legislación italiana no fue aplicada por las autoridades, que no ejecutaron tampoco la sentencia indicada. Por todo ello, el TEDH declara la vulneración del artículo 8 CEDH.

g) Derecho a la vida familiar y alejamiento de los hijos

En el asunto **Wallová y Walla c. República Checa**, de 26 de octubre, el TEDH declara vulnerado el derecho a la vida familiar de los recurrentes, padres biológicos de cinco hijos a los que se retiró la patria potestad sobre los mismos por no disponer de un alojamiento

adecuado al tamaño de la familia. El TEDH, tras confirmar que el alejamiento de los hijos de los recurrentes fue una intromisión en el derecho indicado, analiza no sólo si esta medida estaba prevista legalmente (que sí lo estaba), sino también si la misma podía considerarse necesaria en una sociedad democrática. La conclusión del TEDH es negativa y se funda en una cuestión esencial, véase, en el hecho de que el alejamiento de los niños de sus padres biológicos no se debió a ningún tipo de maltrato o de carencia educativa o afectiva, sino al hecho de que los padres carecían de un alojamiento adecuado para toda la familia. Esta medida, la más radical que podían adoptar las autoridades nacionales, es considerada desproporcionada por el TEDH, que señala que una medida más adecuada a las necesidades materiales y afectivas de la familiar habría sido ayudar económicamente a los padres o permitirles el acceso a algún tipo de vivienda social.

h) Derecho a la vida familiar y procedimientos dirigidos a contestar la paternidad

En el asunto **Tavli c. Turquía**, de 9 de noviembre, el TEDH analiza un nuevo asunto de supuesta violación del derecho a la vida familiar por la legislación de un Estado parte del CEDH que impedía la revisión de un procedimiento dirigido a contestar la paternidad de una niña nacida durante el matrimonio. En este caso, años después de finalizado el procedimiento inicial, el padre legal y la hija deciden someterse a una prueba de ADN que demuestra que el padre no es el padre biológico de la hija. Sin embargo, la legislación procesal tuca impide reabrir este tipo de procedimientos excepto en el caso de que las nuevas pruebas a presentar existieran en el momento en que se desarrolló el procedimiento, pero fueran inaccesibles por causa de fuerza mayor. El TEDH considera que, si bien esta intromisión en el derecho del demandante está prevista legalmente, no puede ser considerada necesaria en una sociedad democrática, en cuanto haría prevalecer una presunción legal (la presunción de paternidad de los hijos habidos durante el matrimonio) sobre la realidad social y biológica, aun a pesar de la imposibilidad de tener pruebas de esta realidad en el momento en que se desarrolló el procedimiento original (1982).

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

a) La negativa de las autoridades rusas a (re)inscribir una asociación religiosa determina la vulneración de los artículos 9 y 11 CEDH

En el asunto **La Sección de Moscú del Ejército de Salvación c. Rusia**, de 5 de octubre, se resuelve el asunto planteado por el Ejército de salvación, registrado en Rusia desde 1992 como una asociación religiosa. En el año 1997 una nueva ley obligó a todas las asociaciones religiosas a adaptar sus estatutos para obtener una nueva inscripción. En ese momento, la asociación indicada vio denegada su reinscripción, entre otros motivos, por no tener suficientes miembros fundadores, por carecer algunos de ellos de residencia legal en Rusia y por constituir una sección de una organización centralizada en Londres. El TEDH considera que esta falta de inscripción determina la vulneración de los derechos recogidos en los artículos 9 y 11, al señalar, entre otras cosas, que el argumento del “origen extranjero” no puede ser ni relevante ni suficiente para rechazar la reinscripción.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

G) Libertad de expresión: artículo 10 CEDH

a) La condena, aun mínima, por presentar una queja contra una autoridad local vulnera el artículo 10 CEDH

En el asunto *Zakharov c. Rusia*, de 5 de octubre, el TEDH declara la violación de la libertad de expresión, en un asunto en el que el recurrente dirige una queja al Gobernador adjunto de la región de Moscú en la que denunciaba la usurpación de tierra comunal consentida por el Alcalde de un municipio. Tras la presentación de la queja, el alcalde inicia una acción por difamación en la que el recurrente es condenado al pago de una multa de 10 euros y a escribir una carta de rectificación. La Corte considera que estos hechos determinan la vulneración del artículo 10 en la medida en que se trataba de una queja efectuada sin publicidad, privadamente, que estaba redactada en un tono moderado, y que contenía juicios de valor, cuya realidad no es preciso demostrar.

b) Derecho a la información e imagen de personas públicas: ¿Una moderación del asunto *von Hannover*?

En *Verlagsgruppe News GmbH (2) c. Austria*, de 14 de diciembre, se plantea un caso de transmisión de imágenes que constituyen objeto hábil de la libertad de información. Esta decisión parece ser una moderación de la radical posición que el TEDH asumió en la conocida decisión *von Hannover c. Alemania*.

En el supuesto objeto de examen, los tribunales internos restringieron el uso de la imagen de un empresario investigado por evasión de impuestos. El TEDH procede a aplicar su consolidada doctrina con más claridad que en ocasiones anteriores. Así, recuerda la importancia (y superprotección) de la libertad de expresión cuando es ejercida por la prensa; igualmente, entiende que un gran empresario, pese a que su imagen no sea conocida más que en círculos especializados y no haya buscado la notoriedad pública, ha de considerarse una persona pública (*public figure*) por su posición en la sociedad; en fin considera que la información se insertaba sin problema alguno dentro del debate público necesario para crear una opinión pública libre.

El TEDH considera inaplicable la doctrina sentada en *von Hannover* porque en este caso la vinculación con un asunto de interés público importante justifica la transmisión de la imagen de la persona pública afectada existiendo muy poco margen para prohibir de forma absoluta su transmisión.

c) La no transmisión de hechos relevantes (falta de veracidad “por omisión”) puede lesionar la reputación ajena pese a la veracidad de lo transmitido

En el asunto *Shabanov y Tren c. Rusia*, de 14 de diciembre, se aprecia violación del artículo 6.1 por falta de independencia e imparcialidad de uno de los jueces y se plantean dos supuestos interesantes sobre la libertad de información.

La primera de estas cuestiones genera un supuesto novedoso desde la óptica de la veracidad de los hechos y la ausencia de transmisión de hechos relevantes. El TEDH entiende que pese a que los hechos imputados en un artículo de periódico eran ciertos, puede existir difamación si al no transmitir otros hechos relevantes se deja al lector una impresión equivocada sobre la cuestión (en concreto, se criticaba la contratación de una asesora jurídica muy joven sin mencionar que tenía una formación jurídica superior). De este modo, entiende que se puede ser responsable de difamación no sólo por la transmisión de hechos falsos, sino también “por dejar fuera hechos verdaderos que, si se hubieran comunicado, podrían haber alterado significativamente la percepción de la cuestión”. Puesto que los periodistas no intentaron recoger la versión de la persona afectada y dado el carácter incompleto de los hechos transmitidos, una información que en principio habría sido calificada como “debate público” pasa a convertirse en un “ataque gratuito” a la reputación de una persona y, por tanto, deja de estar cubierta por el artículo 10. En esta sentencia se acuña un nuevo supuesto de difamación que podría definirse como *falta de veracidad por omisión informativa*.

En la misma decisión se plantea un segundo problema relativo al derecho a la intimidad como límite a la libertad de expresión puesto que el medio de comunicación publicó datos de un informe médico hecho público durante un procedimiento judicial por voluntad de la persona afectada. Puesto que la información médica es voluntariamente transmitida por la persona afectada en un contexto (un proceso judicial) en el que su conocimiento va a convertirse en general, el TEDH considera que resulta discutible que esa misma persona pueda alegar su derecho a la intimidad con respecto a la información indicada. El TEDH recuerda, no obstante, que los datos transmitidos no adquieren la misma difusión cuando se incorporan a un procedimiento judicial que cuando se publican en un medio de comunicación. La clave para la solución del problema es, a juicio del TEDH, que el artículo periodístico en el que se transmitían datos médicos del recurrente se convirtió realmente en un ataque personal a aquél, no limitándose a la transmisión de los datos que podrían haber tenido interés general. De este modo, aún sin decirlo expresamente, el TEDH cambia el límite utilizado para justificar la intromisión en el derecho a informar que ya no será la intimidad, sino la reputación de la persona afectada.

d) La libertad de expresión de los Abogados fuera de los procesos y en los medios de comunicación

El asunto *Veraart c. Holanda*, de 30 de noviembre, estima violada la libertad de expresión del actor, un Abogado que discutía una sanción disciplinaria que le impuso un tribunal de apelación. Un canal de televisión privada emitió un programa (madres secretas) en el que se decía que una mujer había sido violada por su abuelo, su padre y dos de sus hermanos, produciéndose cinco embarazos, y siendo luego vendidos o asesinados los niños nacidos. El programa se basaba en unas memorias de la supuestamente violada, escritas con el apoyo de su psiquiatra y, claro está, disintiendo de las opiniones del resto de su familia quienes negaban estos hechos. Posteriormente, el actor acusó duramente en un programa de radio al psiquiatra de usar métodos de terapia peligrosos, irresponsables y

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

poco profesionales, y, por tales declaraciones y a instancias del médico, fue condenado disciplinariamente por el colegio de Abogados.

La Corte considera la sanción lesiva de dicha libertad por no estimarla una medida necesaria en una sociedad democrática. Los Abogados, por la naturaleza de su profesión y el cierto impacto de su conducta en la vida pública, tienen el deber de ser discretos y honestos. Pero las declaraciones se justifican en este concreto supuesto, dada la gravedad y seriedad de las imputaciones realizadas por la supuestamente violada, que hacen que no fuera extraño que intentara discutir la calificación técnica del médico que impulsó las memorias. Un interesante Voto Particular discute la aplicación de esta garantía a los Abogados fuera del foro de un proceso judicial, prevaleciéndose de su status profesional.

H) Libertad de reunión y manifestación: artículo 11 CEDH

a) Alcance de la ausencia de comunicación previa y proporcionalidad en la disolución de la manifestación

El asunto *Oya Ataman c. Turquía*, de 5 de diciembre, es interesante por dos motivos: la determinación del alcance del régimen de comunicación previa de las reuniones en lugares de tránsito público y la proporcionalidad de la intervención policial para su disolución, y el recurso como criterio hermenéutico a un informe de la Comisión de Venecia para la democracia a través del Derecho.

El actor es un Abogado, presidente de la asociación de derechos humanos de Estambul, que organizó una manifestación en una plaza, seguida de un desfile, y unas declaraciones a la prensa, con una cincuentena de personas contra un tipo de prisiones. La policía disolvió la manifestación con gases lacrimógenos (*spray* de pimienta) y detuvo a los manifestantes, aduciendo que era ilegal por la falta de comunicación previa o preaviso.

Se usa como parámetro de decisión o normas de referencia para el enjuiciamiento un informe de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa sobre las líneas directrices en la redacción de las leyes relativas a la libertad de reunión en lugares públicos que afirma que la puesta en marcha de un régimen de preaviso para las reuniones pacíficas “no equivale necesariamente a una violación del derecho”, puesto que, de hecho, existe en muchos países europeos y puede ser además necesario para organizar las manifestaciones o desfiles en carreteras y plazas públicas, sin perjuicio, de que las autoridades no deban impedir el derecho de manifestación por motivos de circulación.

Sin embargo, y en referencia a la ausencia de preaviso, aplicando un típico juicio de proporcionalidad, la Corte estima que la necesidad de comunicar la organización de la manifestación responde a un fin legítimo como es preservar los derechos de otros, y que la reglamentación del derecho puede ser una medida necesaria en una sociedad democrática y en cuya aplicación existe un margen de apreciación nacional para los Estados. Así la policía adujo que se trataba de una hora punta de tráfico y se perturbaba gravemente el orden público. No obstante, los manifestantes no suponían peligro alguno para el orden público, dejando a un lado las perturbaciones del tráfico, y protestaban sobre una cues-

tión de actualidad e interés para la opinión pública sin usar violencia alguna. En consecuencia, la intervención de la policía se estima lesiva del CEDH, pues fue “impaciente –a la media hora de comenzar la manifestación– y desproporcionada”.

b) Libertad de asociación en partidos: el rechazo a la inscripción es una medida radical y normalmente desproporcionada

El importante asunto *Linkov c. la República Checa*, de 7 de diciembre, analiza un supuesto de negativa a la inscripción de un partido político y entiende violado este derecho. Un “Partido Liberal” vio rechazada su solicitud de inscripción puesto que sus estatutos postulaban la derogación de las normas que impedían la persecución de los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo y el comunismo, invocando la libertad de expresión. El Ministerio del Interior negó la inscripción alegando la continuidad de valores de la Constitución y ser estas pretensiones una amenaza a la integridad de la República.

El TEDH recuerda el papel esencial de los partidos políticos en un régimen democrático y que son especiales beneficiarios del ejercicio colectivo de las libertades de los artículos 10 y 11 CEDH. Un partido “puede hacer campaña en favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales de un Estado con dos condiciones”, que los medios usados sean legales y democráticos, que los cambios propuesto sean en sí mismos compatibles con los principios democráticos fundamentales. Especialmente interesante para España es el desarrollo de esta segunda condición (con apoyo en los precedentes que son los *Casos Yazar* y otros contra Turquía y del *Partido de la Prosperidad*): un partido donde sus dirigentes inciten a la violencia o propongan un proyecto político que no respete las reglas de la democracia o pretenda la destrucción de las mismas o el desconocimiento de los derechos y libertades no puede pretender prevalerse de la protección del Convenio Europeo. Sentado esto, la Corte admite un margen de apreciación nacional para decidir las medidas a adoptar siempre y cuando respeten los principios consagrados en el artículo 11 CEDH y se funden en una apreciación aceptable de los hechos. El partido de referencia pretende según sus estatutos acabar con la impunidad, por razones políticas, de ciertos hechos criminales cometidos por los representantes del régimen comunista para lo cual postula la introducción de nuevas normas en el código penal de manera retroactiva. Dado que el rechazo a la inscripción de un partido es una medida radical que sólo se puede aplicar en los casos más graves es aquí una medida desproporcionada a la entidad de los hechos.

l) Libertad de circulación y residencia: artículo 2 del Protocolo 4

a) La expulsión de un extranjero tras ser sancionado por dormir en un domicilio no autorizado y sin previsión legal al respecto determina la vulneración de la libertad de circulación y residencia

En el asunto *Bolat c. Rusia*, de 5 de octubre, el recurrente, de nacionalidad turca y residente de larga duración en Rusia (entre 1998 y 2003), alega que su expulsión del país es

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contraria a la libertad de circulación y que no se han respetado las garantías procedimentales en el procedimiento que derivó en su expulsión.

Los hechos por los que se consideran violados ambos preceptos son los siguientes. A principios del año 2000, el recurrente perdió su permiso de residencia y solicitó uno nuevo, que le fue concedido. En el año 2002, el recurrente fue sancionado dos veces con una multa por vulneración de la reglamentación en materia de residencia, al encontrarse durmiendo en un domicilio distinto al comunicado a las autoridades. En el año 2003, el recurrente solicita la renovación de su permiso de residencia, renovación que le es denegada por infracciones reiteradas de la reglamentación de residencia, expulsándose efectivamente del país. Una vez expulsado el recurrente, los tribunales rusos anularon la sanción indicada, así como su orden de expulsión, se le devuelve el permiso de residencia y el recurrente intenta volver a Rusia. En su intento, el recurrente es detenido en el aeropuerto y devuelto a Turquía.

El recurrente considera que los hechos relatados determinan la vulneración de la libertad de circulación y residencia, prevista en el artículo 2 del Protocolo 4, vulneración que se derivaría del hecho de haber sido privado del permiso de residencia como consecuencia de la supuesta residencia en un lugar distinto del autorizado. Sin entrar en el fondo del sistema ruso de residencia obligatoria, la Corte considera que los propios tribunales rusos, al anular la medida, habían considerado que se trataba de un exceso de poder, y que la causa de expulsión no estaba prevista por la ley, produciéndose, por tanto, la vulneración del derecho.

Con relación a la expulsión sin las debidas garantías procedimentales, prevista en el artículo 1 del Protocolo 7, el TEDH reafirma la doctrina en virtud de la cual, las Altas Partes tienen un poder discrecional para decidir sobre la expulsión de un extranjero, pero ese poder debe ser ejercido de manera que no se oponga a los derechos del CEDH. El párrafo 1º del artículo citado enuncia una garantía fundamental, al prever que los extranjeros no pueden ser expulsados sino en virtud de una decisión adoptada de acuerdo con la ley. La legislación rusa determina que es preciso que una decisión judicial declare la expulsión de un extranjero, garantía que no se cumplió en el caso presente en cuanto el recurrente fue expulsado sin decisión judicial alguna, por simple decisión de las autoridades policiales.

b) Las restricciones derivadas de la protección de secretos de Estado han de satisfacer el test de necesidad y proporcionalidad

En el caso **Bartik c. Rusia**, de 21 de diciembre, se plantea un curioso supuesto en el que se aplica el artículo 2 del Protocolo 4, como consecuencia de la negativa de las autoridades rusas a conceder el visado al recurrente para acudir a ver a su padre enfermo en Alemania. El motivo para tal denegación se encontraba en el compromiso de confidencialidad que el recurrente había suscrito durante la época en que trabajaba en una empresa aeronáutica especializada en la elaboración de materiales y dispositivos aplicables a la fabricación de artefactos espaciales. Como señala el Tribunal, éste es el primer caso en el que ha de enfrentarse a la denegación de un permiso para salir del país como consecuencia de la

protección de *secretos de Estado*. Sin embargo, el test aplicable es idéntico a otros supuestos; esto es, previsión legal, fin legítimo y necesidad de la restricción en una sociedad democrática. Las dos primeras condiciones del test son plenamente aceptables en el caso objeto de juicio. Sin embargo, el TEDH considera que semejante restricción no es necesaria en una sociedad democrática. En particular destaca que los motivos del viaje eran privados y que había dejado de trabajar en la empresa un año antes, devolviendo todo el material calificado como secreto. Las restricciones a la libre circulación en aras de la salvaguarda de *secretos de Estado*, sostiene el Tribunal, puede tener sentido mientras se prevenga también el contacto con otras personas, pero en una sociedad como la actual si las comunicaciones personales son libres y no están intervenidas por el Estado (y no lo estaban desde que dejó de trabajar en proyectos secretos en la citada empresa) no tiene sentido mantener restricciones a la libre circulación. Aun más, el Tribunal (acudiendo a decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y, sobre todo, a la Opinión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ante la solicitud de ingreso de Rusia) censura el carácter absoluto de la prohibición de salir de su territorio a todo ciudadano que haya estado en contacto con *secretos de Estado*, establecida en la legislación rusa.

J) Derecho a la doble instancia penal: artículo 2 del Protocolo 7

a) Derecho a la doble instancia en materia penal y excepción para las infracciones menores

El asunto **Greco c. Rumanía**, de 29 de octubre, analiza esta garantía menos transitada por la jurisprudencia. El TEDH recuerda que el derecho del artículo 2 del Protocolo 7 a una doble instancia penal puede excepcionarse, y admitirse una única instancia cuando se trate de una infracción de carácter menor. Pero esta excepción no concurriría claramente en este supuesto de hecho, pues el actor, tras ser declarado culpable de no declarar unas divisas en unas cuentas en el extranjero, donde trabajaba, fue condenado a una pena de seis meses y cinco años.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad: artículo 14 CE

a) Revisión de base reguladora de pensión por incapacidad permanente

No resulta razonable una diferencia de trato como la que llevó a cabo el INSS al revisar de oficio la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente reconocidas por resolución administrativa, pero no la de aquellas pensiones cuya base fue establecida por sentencia firme.

Considera la **STC 307/2006, de 23 de octubre**, Sala Primera, que los ciudadanos en ambos casos están en una situación idéntica y se ven diferenciados sin una justificación

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

objetiva y razonable pues la excepción de cosa juzgada que articuló el INSS para justificar la no revisión de las segundas pensiones no puede tener ningún juego en este supuesto, pues no está pensada para permitir que la Administración diferencie negativamente a unos ciudadanos por haber ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Discriminación por razón de edad: no existe en caso de jubilaciones forzosas previstas en convenio colectivo

En los dos casos que estudiamos en este apartado, convenios colectivos de 2000 establecían la privación forzosa de empleo del trabajador que cumpliera sesenta y cinco años. Jurisprudencia constitucional consolidada (SSTC 22/1981 y 58/1985) estableció las condiciones en que tal discriminación por razón de edad aparecería justificada: a) el cese forzoso sólo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación, y b) no podría suponer una amortización de puestos de trabajo.

Mientras que la primera de las condiciones no era problemática en ninguno de los dos casos, la segunda sí lo era porque no existían en los convenios colectivos de referencia previsiones explícitas en ese sentido. Llevando a cabo el examen de las normas el Tribunal Constitucional encuentra conexiones suficientes entre la jubilación forzosa que prevén y la política de empleo de la empresa como para concluir, en **SSTC 280/2006, de 9 de octubre, Sala Segunda y 341/2006, de 11 de diciembre, Sala Primera**, que no hay vulneración del derecho de igualdad contenido en el artículo 14 CE.

Sin embargo esta doctrina constitucional se ha visto superada por la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que deroga la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores que establecía que “En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social”.

c) Discriminación por razón de sexo. Cualquier trabajadora ha de poder disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del de su permiso de maternidad

Se constata en la **STC 324/2006, de 20 de noviembre, Sala Primera**, que la negativa a que una mujer disfrute sus vacaciones anuales retribuidas en el año natural posterior al que generó tal derecho supone una discriminación por razón de sexo, pues no las disfrutó por estar de baja de maternidad. Acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia Merino Gómez, de 18 de enero de 2004, asunto C-342/01) concluye que no se puede equiparar tal situación a la del trabajador que por causas no achacables al empleador no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período determinado porque en este caso concreto la restricción del derecho a las vacaciones retribuidas está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora.

d) Discriminación por razón de sexo. Despido de mujer embarazada

La Sala Primera, en STC 342/2006, de 11 de diciembre, estima que la empresa no fue capaz de rebatir los indicios de discriminación presentes. Así, concluye que la razón fundadora del despido fue el embarazo de la trabajadora, comunicado un mes antes del cese de la relación contractual dado que no pudo acreditar qué grado de responsabilidad incumbía a la recurrente en las irregularidades detectadas en el Departamento al que pertenecía y habiéndosele renovado el contrato –incluso elevándolo a indefinido– en el período en que tales irregularidades se habían producido.

B) Derecho a la tutela judicial efectiva: artículo 24 CE**a) Denegación de ejercicio de acción popular a una Administración cuando tenía habilitación para ello en una Ley**

La STC 311/2006, de 23 de octubre, resuelve un asunto en el que un Gobierno autonómico ve denegada la personación en una causa penal por violencia de género, cuando la legitimación estaba prevista en una Ley autonómica (artículo 36 de la Ley 9/2003) para el caso de que la víctima fuera una mujer residente en la Comunidad Autónoma y el resultado hubiera sido la muerte o lesiones graves. A través de la STC 129/2001, el TC había rechazado, sobre la base de que la acción popular aparece referida en la Constitución a los “ciudadanos” (artículo 125), otorgar el amparo a un Gobierno autonómico al que se había denegado la personación en una causa criminal por calumnias a la policía autonómica, al entender que una Administración pública no es un “ciudadano” a los efectos del artículo 125 CE. Sin embargo, en esta sentencia el TC comienza por subrayar que la doctrina de la STC 129/2001 ha sido posteriormente matizada por la STC 175/2001 del Pleno y la STC 241/2002 y, destaca que, en este último caso, a diferencia de lo que ocurría en la STC 129/2001, existía una normativa autonómica que habilitaba a una determinada Administración pública para interponer la acción popular bajo ciertas condiciones. Pues bien, el Tribunal concluye que la mera inaplicación de esta normativa autonómica por la Audiencia Provincial, so pretexto entre otras cosas de que invadía la competencia de la legislación procesal común, constituye una vulneración del artículo 24 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues la Audiencia hubiera podido plantear una cuestión de inconstitucionalidad de la Ley autonómica, pero no inaplicar la misma directamente y por sí misma, que es lo que *de facto* hizo. No obstante, sobre la base del artículo 55 LOTC, el Tribunal no decreta la nulidad de las resoluciones impugnadas y dota al amparo de carácter puramente declarativo.

b) Denegación de la declaración de internos testigos presenciales en expediente disciplinario penitenciario

En la STC 316/2006, de 15 de noviembre, se resuelve el caso de un recluso al que le fue incoado expediente disciplinario a raíz de un informe de incidencias suscrito por dos

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

funcionarios del centro penitenciario por injurias. En el expediente, el preso negó los hechos y, a fin de probar que él no había sido la persona que había insultado a los funcionarios, interesó como prueba testifical la declaración de tres internos, identificados en dicho escrito, que habían presenciado los hechos. El instructor del expediente denegó la práctica de la prueba solicitada al considerarla improcedente “por no alterar el resultado final del procedimiento”, a lo que añadió que el demandante de amparo había insultado “a grandes voces” a los funcionarios, lo que “teniendo en cuenta el tiempo que lleva en este Centro, hace mucho más sencillo (sic) su identificación”, y que el parte de denuncia había sido formulado por dos funcionarios. Frente a la resolución sancionadora en el expediente disciplinario, el recluso sancionado plantea recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, alegando, entre otras cosas, vulneración del derecho de defensa por habersele denegado la prueba propuesta comentada. El recurso es desestimado, basándose el Juzgado, igualmente, en la existencia de un parte en el que los funcionarios expresan la certeza de los insultos y la autoría del recluso recurrente.

Frente a estas resoluciones se interpone el amparo constitucional, que es estimado por el Tribunal, al considerar que “no cabe descartar” que la prueba propuesta y denegada, única “prueba objetiva” (sic) de que podía valerse el recluso, hubiera podido influir en la sanción finalmente impuesta, siendo su denegación, por lo demás, arbitraria, y basada en una presunción *iuris et de iure* de veracidad de lo sostenido por los funcionarios en su parte, algo que no puede darse por cierto sin haberse dado al recluso “la posibilidad de acreditar su versión exculpatoria mediante la declaración testifical de quienes presenciaron los hechos”. Se estima, así, vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tanto por el instructor del expediente disciplinario como por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que no reparó esa lesión.

c) Condena penal por conducción ética basada sólo en los resultados del test practicado y en su posible efecto en un “individuo medio”

En el caso origen del recurso de amparo resuelto por la STC 319/2006, de 15 de noviembre, el acusado circulaba con el vehículo de su propiedad por una carretera cuando fue detenido y requerido para someterse a un control preventivo de alcoholemia, practicado regularmente y que arrojó un resultado de 1,16 mgr de alcohol por litro de aire expirado en la primera y 1,17 mgr en la segunda prueba. La ulterior condena sobre la sola base de estas mediciones, al no recordar nada en el juicio oral los agentes intervinientes sobre los concretos síntomas étlicos del acusado, es, según el TC, contraria al derecho a la presunción de inocencia, por lo que se otorga el amparo. No se acepta la argumentación de la Audiencia Provincial, que, en su sentencia condenatoria, considera acreditada la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas sobre la sola base del estudio sobre la influencia del alcohol en la conducción contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1989 (en un individuo medio, a partir de 0,75 mgr/l la influencia del alcohol en la conducción es probable, y cierta a partir del 1,0). El Tribunal subraya que no hubo prueba “sobre la aplicabilidad de esta posible consideración general a la persona del recurrente, ni tampoco sobre los posibles síntomas del recurrente asociados a ello”, vacío probatorio de la acusación que impedía una condena penal respetuosa de la presunción de inocencia. Es de destacar que esta doctrina parece dificultar todavía

más la penalización objetiva de estas conductas de conducción etílica a partir de una determinada tasa de alcoholemia que se ha propuesto desde el Gobierno recientemente.

C) Reiteración de doctrina según la cual la inadmisión a *limine* del hábeas corpus, fundada en la legalidad de la detención, vulnera el artículo 17.4 CE

El fenómeno de la emigración masiva se está manifestando ya en la jurisprudencia del TC. Dábamnos cuenta en números recientes de varias sentencias relacionadas con hábeas corpus planteados por extranjeros, que llegan o se encuentran irregularmente en España. También en este trimestre varias sentencias (SSTC 354/2006, 355/2006 y 356/2006, todas de 18 de diciembre y todas de la Sala Segunda) se ocupan de casos iguales y se remiten expresamente a la fundamentación mantenida en la STC 169/2006 (Justicia Administrativa, núm 33), según la cual la inadmisión a *limine* lesiona la garantía del hábeas corpus, aun cuando la autoridad judicial prevea, de acuerdo con lo establecido en la legislación de extranjería, que va a decidir en breve acerca de internamiento del extranjero que solicita el hábeas corpus.

También la STC 303/2006, de 23 de octubre, Sala Primera, aplica a un caso distinto la misma doctrina. El TC vuelve a confirmar, en un caso de solicitud de hábeas corpus de un extranjero detenido para ejecutar su expulsión, que la inadmisión a *limine* de solicitudes de *habeas corpus*, argumentada en la legalidad de la detención, vulnera el artículo 17.4 CE.

D) La revisión a la baja del *quantum* indemnizatorio fijado en primera instancia tras sentencia del TC puede suponer la vulneración del artículo 18 CE

La STC 300/2006, de 23 de octubre, Sala Primera, recoge la línea jurisprudencial marcada por el TC en el asunto Preysler (STC 186/2001, de 17 de septiembre), al declarar que la STS de 14 de noviembre de 2002, que revisó el *quantum* indemnizatorio fijado en primera instancia en un procedimiento por vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, rebajándolo de 20 millones a 200 euros, vulnera los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. Esta sentencia revisa, tal y como ocurrió en el asunto Preysler, la rebaja del *quantum* indemnizatorio realizada por el TS tras la declaración previa del TC de vulneración de los derechos indicados (STC 83/2002, de 22 de abril). A ojos del TC, la rebaja del *quantum* indemnizatorio vulnera nuevamente los derechos precitados en la medida en que no recoge la sentencia anterior del TC, utilizando criterios de delimitación del *quantum* indemnizatorio manifiestamente contrarios al contenido de la anterior sentencia del TC. En esta lógica, el TC, tras declarar la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, anula la STS de 14 de noviembre de 2002 y declara firme la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que confirma el *quantum* fijado en primera instancia. El Voto Particular del Magistrado Pérez Tremps predica, por el contrario, que el TS no debería haber apreciado la vulneración del derecho a la intimidad personal y la propia imagen. Partiendo de la consideración de que las indemnizaciones fijadas por violación de un derecho fundamental deben ser reparatorias y no disuasorias, esto es, adecuadas al daño efectivamente causado, el Magistrado concluye que, en el caso pre-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sente, no han de considerarse vulnerados los derechos indicados en cuanto los criterios utilizados por el TS en la delimitación del *quantum* indemnizatorio no son contrarios a la primera sentencia del TC.

E) El secreto de las comunicaciones no cubre el envío de paquetes con droga (artículo 18.3 CE)

STC 28/2006, de 9 de octubre, Sala Primera. El hecho central de este caso es la apertura, en un aeropuerto de Londres, de un paquete con droga, proveniente de Venezuela y que se destinaba a un individuo residente en España. Éste alega, en vía de amparo, que se le condenó con una prueba obtenida lesionando su derecho al secreto de las comunicaciones. El TC parte de su doctrina, reiterando así que las comunicaciones protegidas por el artículo 18.3 CE son las “indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, es decir, al proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos” [FJ 3.b)]. En el caso concreto el paquete hallado no contenía correspondencia alguna y ni siquiera fue abierto por quienes detectaron la naturaleza de su contenido (aunque la no apertura del continente no siempre preserva el secreto de la comunicación). Además, su manipulación y apertura en España, estuvo supervisada judicialmente. Por todo ello se desestima el amparo.

F) Libertad de expresión: artículo 20 CE

a) La libertad de expresión de los miembros de la Guardia Civil: ¿una ponderación diversa de los valores constitucionales en conflicto?

La STC 272/2006, de 25 de septiembre, Sala Primera, resuelve un supuesto de eventual vulneración de una serie de derechos (principio de legalidad penal, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a la intimidad y libertad de expresión, en relación con la libertad sindical) de un miembro de la Guardia Civil, al que se le impone una sanción disciplinaria de 1 año de separación del servicio por denunciar supuestas tropelías de sus superiores jerárquicos ante varios medios de comunicación. La parte más interesante de la sentencia analiza la eventual vulneración de la libertad de expresión del recurrente, subrayando que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan y que, entre estos sectores, se ubica la Guardia Civil. De este modo, los miembros de este cuerpo podrán ejercer su libertad de expresión y sindical, pero siempre teniendo en cuenta que la crítica a sus superiores deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración del respeto debido a los mismos y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución. El TC considera que esta medida faltaba en las declaraciones del recurrente que ofendían a sus superiores y les atribuían conductas arbitrarias e ilegales.

b) Libertad de expresión en el marco del ejercicio del derecho a la defensa: Una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente

La STC 299/2006, de 23 de octubre, Sala Primera, resuelve un asunto de supuesta vulneración del derecho de defensa en relación con la libertad de expresión. El TC analiza si

la sanción de la recurrente por un delito de injurias y calumnias supuestamente derivado de las manifestaciones realizadas por ella en un procedimiento civil dirigido a privar de la patria potestad sobre su nieta a la madre de ésta constituyen una vulneración del derecho de defensa en relación con la libertad de expresión. El TC, tras hacer hincapié en que la libertad de expresión aparece como un derecho especialmente reforzado cuando se relaciona con el derecho de defensa, analiza si las afirmaciones realizadas por la recurrente en el procedimiento civil indicado resultaban justificadas por las exigencias del derecho de defensa. A fin de observar si existía esta justificación, el TC tiene en cuenta la naturaleza de la pretensión ejercitada, así como el contexto procesal en el que se produjeron las manifestaciones, y concluye que, efectivamente, las afirmaciones vertidas por la recurrente en el procedimiento civil no eran innecesarias y gratuitas, sino que iban dirigidas a la defensa de su pretensión y ello con independencia de que resultaran o no probadas en el procedimiento indicado.

G) La reiteración de manifestaciones tiene cobertura constitucional (artículo 21 CE)

STC 301/2006, de 23 de octubre, Sala Primera. El TC otorga el amparo a los convocantes de una manifestación de apoyo a los trabajadores de SINTEL. La delegación del Gobierno de Madrid prohibió la manifestación por entender que la reiteración del ejercicio del derecho de reunión constituye, en sí mismo, una alteración del orden público. El TSJ de Madrid confirmó la resolución gubernativa. El TC recuerda su doctrina para reiterarla señalando que la resolución impugnada carece de la motivación constitucionalmente exigible y no es proporcionada. El TC deja claro que la reiteración de manifestaciones no es en sí misma alteración de orden público y que la autoridad debe demostrar que lo es, lo que no hace en este caso.

H) Derecho a no ser removido del cargo representativo por aplicación de los estatutos de un partido político (artículo 23.2 CE)

STC 298/2006, de 23 de octubre, Sala Primera. El TC desestima el recurso de amparo de un partido político, Acción Burgalesa, que considera lesionado su derecho de acceso a cargo público representativo al no haberse aplicado el artículo 7.8 de sus Estatutos a un concejal de Burgos que abandonó el partido, pero continuó ocupando su escaño en el citado ayuntamiento, donde pasó a formar parte del grupo mixto. Según el citado artículo 7.8 la baja en el partido “conllevará la obligación de cesar en el cargo electo”. El TC aplica a supuesto de hecho su doctrina general, ya muy antigua, en virtud de la cual se predica la permanencia en el cargo de los cargos electos aunque se haya dejado de pertenecer al partido político en cuyas listas se fue elegido. No obstante, es de reseñar que el TC sólo se había encontrado con casos de expulsión y nunca uno de baja voluntaria en el partido. El TC considera que la negativa del concejal a renunciar a su escaño no lesiona el derecho del partido (lo que significaría que el partido sería el dueño del escaño), siendo irrelevante que el concejal aceptara, al afiliarse, los Estatutos del partido. Éstos no conforman el contenido del derecho del concejal a permanecer en el cargo electo del que sólo puede ser removido por causa legal.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

I) La negativa de la presidencia del Parlamento vasco a repetir una votación, en la que un fallo del sistema electrónico impidió el voto de una diputada, lesiona el derecho de ésta a ejercer su *ius in officium* (artículo 23.2 CE)

STC 361/2006, de 18 de diciembre, Sala Segunda. Se otorga el amparo, aunque a efectos meramente declarativos, a dos diputados socialistas del Parlamento Vasco, que impugnaron la decisión de su Presidente de no repetir una votación (relativa a la ley de presupuestos) en donde uno de los recurrentes no pudo votar electrónicamente al no funcionar el mecanismo electrónico. El TC considera que la decisión de la Presidencia, negándose a comprobar la anomalía, imputándola sin más a la negligencia de la diputada afectada, y negándose, por consiguiente, a repetir la votación, privaba a los recurrentes de su derecho constitucional a participar en las votaciones parlamentarias. También se consideran lesionados, por derivación, los derechos de los miembros del grupo parlamentario socialista al que la diputada afectada pertenece y los de dicho grupo como tal.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Nacionalidad, antecedentes penales y convivencia y separación matrimonial (artículo 11 CE)

Varios asuntos de este trimestre resuelven casos en que se plantea si el recurrente cumple los requisitos para acceder a la nacionalidad española, según lo previsto en el artículo 22 del Código Civil.

En la STS de 8 de noviembre de 2006, ponente Sr. Puente Prieto, Sala Tercera, el TS declara que procede conceder la nacionalidad al recurrente, que había visto denegada la nacionalidad por no reunir el requisito de buena conducta cívica, al haber sido condenado como responsable civil subsidiario de un delito de imprudencia temeraria e intrusismo profesional con el resultado de muerte de un niño. El TS subraya que quien fue condenado por delito de imprudencia fue un tercero, y que la sentencia sólo declaró la responsabilidad civil subsidiaria del recurrente, por lo que no cabía la negación de la nacionalidad por este motivo.

La STS de 14 de noviembre de 2006, ponente Sr. Puente Prieto, Sala Tercera, desestima, por el contrario, la concesión de la nacionalidad española al recurrente al considerar que no se ha justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que el recurrente fue condenado en sentencia de 1993 por una falta de lesiones y, según informe de la Dirección General de la Policía de 1996, fue detenido en 1990 por agresión sexual.

Finalmente, la STS de 22 de diciembre de 2006, ponente Sr. Sieira Miguez, Sala Tercera, afirma que no cabe rechazar la concesión de la nacionalidad española al recurrente por la sola circunstancia de que, a pesar de estar casado con española, no tenga el mismo lugar de residencia que su esposa. Afirma el TS que, para rechazar las pretensiones del recurrente, resultaría necesario que la Administración demandada hubiera probado la separación legal o de hecho del recurrente, lo que no se ha producido; o bien que la Sala de instancia hubiera llegado a afirmar, en virtud de una prueba de presunciones y partiendo de he-

chos admitidos o probados, que estábamos ante un matrimonio de conveniencia, lo que tampoco acontece.

B) Derecho a la igualdad en el ámbito privado (artículo 14 CE): La participación de mujeres en el desfile del Aralde de Fuenterrabia

La STS de 14 de enero de 2007, ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva, Sala Tercera, realiza una delimitación del alcance del derecho a la igualdad en las relaciones privadas, cuestión que se plantea en relación con la imposibilidad de que las mujeres puedan desfilan en las fiestas del Aralde tradicional de Fuenterrabia, organizado por una entidad privada. En este asunto, el TS recuerda que la prohibición de discriminación por razón del sexo establecida por la Constitución no juega sólo en el ámbito público, pero matiza que su proyección en el plano privado no supone que toda actividad que lleven a cabo particulares y suponga la intervención de una pluralidad de personas, exija una determinada participación de hombres y mujeres si es que sus promotores no la contemplan o no la consienten. En el caso concreto, el TS concluye que la autorización municipal que permite la celebración del Aralde no incurre en desigualdad frente a las mujeres, ni la consiente, en cuanto la autorización concedida es ajena a todo móvil atentatorio contra la igualdad entre hombres y mujeres.

C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE): Medidas cautelares y principio dispositivo

El ATS de 15 de enero de 2007, ponente Sr. Trillo Torres, Sala Tercera, ha sido dictado con ocasión de la solicitud de alzamiento de medidas cautelares por parte de ENDESA y aborda la cuestión de la disponibilidad de las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo realizando una serie de reflexiones sobre el engarce de las medidas cautelares como “garantía” del derecho a la tutela judicial efectiva. Aparte del reconocimiento de la conexión entre las medidas provisionales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, el TS subraya que cualquier alteración del principio rogado para abrir y mantener el proceso, desplazando la razón del impulso procesal desde el interés legitimador de quien lo ha promovido voluntaria y libremente hacia el de hacer coactiva su continuación por motivo de unos intereses generales que formalmente detenta la Administración, requiere de una explícita disposición legal que, primero, no desvirtúe el contenido esencial del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que, segundo, no obligue a la parte a asumir, en contra de sus propios intereses en el proceso, la carga de la protección de un interés público que sólo está bajo escrutinio del poder judicial precisamente porque ha habido alguien que de forma libre y voluntaria ha puesto formalmente en cuestión la legalidad de una actuación administrativa, a cuyo examen de ningún modo hubiesen podido acceder los Tribunales de no concurrir esta circunstancia.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

D) Expulsión de territorio nacional y motivación (artículo 24 CE)

En la STS de 17 de enero de 2007, ponente Sr. Yagüe Gil, Sala Tercera, el TS sintetiza la doctrina sobre la sanción de expulsión en supuestos de estancia ilegal en España, indicando que: 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, 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, la decisión no dejará de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. En el caso de autos, el recurrente es expulsado, aparentemente, por su permanencia ilegal en territorio español, ya que ni en la resolución ni en el expediente administrativo constan las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. Por todo ello, el TS declara la no conformidad a Derecho de la resolución administrativa combatida en la instancia.

E) Derecho fundamental a la huelga, servicios mínimos y déficit de motivación (artículo 28.2 CE)

Las SSTS de 15 de enero de 2007, ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva, y de 19 de enero de 2007, ponente Sr. Díaz Delgado, ambas de la Sala Tercera, analizan la motivación ofrecida en la fijación de los servicios esenciales durante una huelga y recuerdan que, según reiterada jurisprudencia, la fijación de estos servicios debe ir acompañada de una exposición de los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y ha de determinarse quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Estos datos son, precisamente, los relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comporta para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar. En ninguno de los dos asuntos se ofrecía la motivación indicada.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ENCARNACIÓN CARMONA

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Reserva de Ley para la función pública local.

3. Reglamento. A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

a) Nulidad de Decreto autonómico de carácter ejecutivo e innovador del ordenamiento jurídico por falta del preceptivo informe del Consejo de Estado. b) El informe de los

Colegios Profesionales sólo es preceptivo cuando se afectan las condiciones generales

del ejercicio de la profesión. B) Ordenanzas municipales. a) Ordenanza reguladora de la prestación de los servicios funerarios contraria a la liberalización de este tipo de

servicios. **4. Principios generales del derecho.** A) Principio de igualdad. a) Igualdad en las condiciones básicas del derecho de propiedad: determina la competencia estatal en

materia de valoraciones urbanísticas. b) La imposición de los deberes de cesión en suelo urbano consolidado por parte de una Comunidad Autónoma vulnera la igualdad en las

condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad ex artículo 149.1.1 CE. c) No se ve afectada por la determinación por una Comunidad Autónoma de la composición

del Jurado Territorial de Expropiación. d) Prohibición de discriminación en los supues-
tos previstos en el artículo 14 CE: la prohibición de discriminación por razón de sexo

impone un canon más estricto de enjuiciamiento que el principio de igualdad. e) El disfrute del permiso de maternidad no computa a efectos de los plazos para poder dis-

frutar de vacaciones en relación con los empleados de las Administraciones Públicas, en virtud de la prohibición de discriminación por razón de sexo. f) La jubilación forzosa

no supone discriminación por razón de edad si sirve para conseguir un fin constitu-
cionalmente lícito y no produce una lesión desproporcionada. g) No resulta admi-
sible la discriminación salarial por razón de nacionalidad si no existe una justificación

objetiva y razonable. h) No supone discriminación por motivos religiosos la exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad para impartir clases de religión católica en centros públicos de enseñanza. i) Igualdad en la aplicación de la Ley: impide el cambio de criterio del órgano judicial si éste no lo justifica. B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se entiende vulnerado sólo si se produce una discriminación injustificada. C) Principio de seguridad jurídica: la declaración de inconstitucionalidad de una ley no afectará a los procedimientos administrativos ni a los procesos judiciales que la hayan aplicado en los que haya recaído una resolución firme. D) Principio de confianza legítima: no se vulnera la confianza legítima cuando se introducen modificaciones reglamentarias razonablemente previsibles y respetuosas con la regulación legal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia RJ 2006/7579. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 15/2007, de 15 de febrero.

Las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas se refieren casi en su totalidad a las diversas manifestaciones del principio de igualdad reconocidas en el texto constitucional; el principio de interdicción de la arbitrariedad se entiende vulnerado si se produce una discriminación injustificada, por lo que constituye, en definitiva, una manifestación del principio de igualdad. En primer lugar, se han dictado varias sentencias relativas a la garantía de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana; el Tribunal sigue las pautas marcadas en esta materia en las SSTC 61/1997, 164/2001 y 54/2002.

En segundo lugar, varias sentencias se refieren a las concretas prohibiciones de discriminación que enumera el artículo 14 CE; el Tribunal reitera la necesidad de someter estos casos a criterios más estrictos que los que derivan de la garantía del principio de igualdad, por razón del mayor valor que supone su mención expresa en la Constitución, en atención a que afectan a sectores especialmente desfavorecidos, merecedores de una tutela especial.

Por último el Tribunal aplica en varias sentencias su conocida jurisprudencia relativa al principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley.

IV. Fuentes del Derecho

Por su relevancia social, tiene especial interés, también en relación con el principio de igualdad, la última sentencia del Tribunal Constitucional publicada hasta el momento, la STC de 15 de febrero de 2007, que declara conforme con la Constitución la exigencia de la declaración de idoneidad otorgada por la Iglesia Católica para impartir clases de religión católica en centros de enseñanza públicos.

2. LEY

A) Reserva de Ley para la reforma de la función pública local

La STS de 13 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2006/6648, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Territorial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Segovia contra el Real Decreto 834/2003, de 27 de junio, por el que se modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. En concreto, se impugna la Disposición Adicional Primera de dicha norma que integra a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención en el grupo A de los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, siempre que cumplan una serie de requisitos —referidos a la antigüedad, la titulación, la superación de un concurso-oposición, etc.—. Se alega al respecto que dicha regulación vulnera los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución, así como la reserva de Ley. En este sentido, se argumenta que se produce una discriminación interna dentro de los grupos funcionariales, impidiendo la integración de los Secretarios de Tercera que no poseyeran la titulación suficiente para integrarse en la Subescala de Secretaría-Intervención. Asimismo, se alega que los requisitos de antigüedad y titulación exigidos son absolutamente incongruentes con el objetivo pretendido porque, además de dejar fuera a los Secretarios de Tercera, no guardan paralelismo con los requeridos para ocupar, mediante un nombramiento provisional, accidental o en régimen de interinidad, la Secretaría-Intervención de acuerdo con el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (artículos 33 y 34).

El Tribunal señala que la Disposición Adicional Única cuya nulidad pretende el Colegio Territorial recurrente ha sido derogada por el Real Decreto 522/2005, de 13 de mayo, por el que se modifican los requisitos para la integración de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención. Ahora bien, esta circunstancia, según criterio mantenido por la jurisprudencia, no se considera razón suficiente para entender que el pleito pierde su objeto ya que los eventuales efectos que haya producido durante su vigencia y no se hayan extinguido justifican un pronunciamiento sobre el fondo del pleito. Además, para dirimir las controversias planteadas, el Tribunal evoca una sentencia anterior que resolvía un supuesto idéntico (STS de 18 de mayo de 2005, RJ 2005, 6634). En dicha sentencia se llegó a un fallo desestimatorio y esta solución se retoma por el Tribunal para resolver el caso presente.

Con respecto a la posible vulneración de la reserva de Ley señala el Tribunal que la Disposición Transitoria Séptima.2 de la LRBRL ofrece cobertura bastante para la regulación reglamentaria que se combate en el proceso. Esta disposición reza como sigue: “Se autoriza al Gobierno para que, a iniciativa del Ministro de Administraciones Públicas y a propuesta del Ministro de la Presidencia, declare a extinguir determinados Cuerpos cuando lo exija el proceso general de racionalización o el debido cumplimiento de la presente Ley, estableciendo los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de estos Cuerpos se integren en otros”. Se interpreta, así, por el Tribunal que esa disposición contiene una habilitación (no ilimitada) que no tiene un concreto plazo para su ejercicio. Los límites de esa habilitación están referidos a lo que mediante ella se puede hacer y a las razones que deben concurrir. Lo que se puede hacer es extinguir Cuerpos, estableciendo los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de los Cuerpos extinguidos se integren en otros; y, por lo que se refiere a las razones que legitimarán el ejercicio de esa habilitación, concurrirán cuando lo exija el proceso general de racionalización o el debido cumplimiento de esta Ley (la LRBRL).

Por lo que se refiere al argumento de la existencia de discriminación (vulneradora del principio de igualdad) por parte de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 834/2003, entiende el Tribunal que debe rechazarse. A su juicio, no se introduce una diferencia de trato que, por injustificada, merezca ser considerada arbitraria o discriminatoria. La disposición es coherente con la nueva exigencia de titulación que se establece, consistente en requerir en todas las Subescalas el superior nivel académico que significa el título de Licenciado. Y por esta razón considera válidas para participar en las futuras pruebas de acceso las titulaciones académicas de Licenciado recogidas en la anterior regulación, pero no así la titulación de inferior rango académico que también se incluía en la redacción inicial del RD 1174/1987.

De este modo, sobre la base de los argumentos expuestos y otros subsidiarios, el Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la Disposición Adicional Única del RD 834/2003 que modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

3. REGLAMENTO

A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Nulidad de Decreto autonómico de carácter ejecutivo e innovador del ordenamiento jurídico por falta del preceptivo informe del Consejo de Estado

En la STS de 5 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2006/6486, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Asociación Provincial de Empresarios Farmacéuticos de Cáceres y de la Asociación

IV. Fuentes del Derecho

Provincial de Empresarios Farmacéuticos de Badajoz, contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30 de enero de 2001. En dicho proceso se sustanciaba el recurso dirigido contra el Decreto de la Junta de Extremadura número 87/1997, de 1 de julio, por el que se realiza la reestructuración en los Servicios de Farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria y se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal sanitario al servicio de la sanidad local de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura –en desarrollo de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de Extremadura–.

El recurso de casación se apoya en tres argumentos fundamentales. En primer lugar, la vulneración de los artículos 22.3 y 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, y la jurisprudencia que lo interpreta. De acuerdo con la recurrente, el Decreto impugnado no tiene carácter meramente ejecutivo, puesto que encierra un contenido doble. Por una parte, la reestructuración de los Servicios de Farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria de Extremadura (que obedece al cumplimiento de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/1996, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura) que constituyen un desarrollo legal y, por otra, la articulación de un sistema transitorio en la Disposición Adicional Segunda, para los Farmacéuticos al Servicio de la Sanidad Local existente al tiempo de suplicación, que no está efectivamente previsto en la Ley que desarrolla. En este segundo caso el Decreto tendría carácter innovador y, por ello, requeriría la emisión del preceptivo informe del Consejo de Estado. En segundo lugar, la recurrente alega la infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y la jurisprudencia que lo interpreta. Entiende que se ha omitido la formulación de la moción, providencia o propuesta de la autoridad o centro directivo que tenga la iniciativa de la disposición de que se trate, los preceptivos estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad del Decreto, la Memoria Económica y el informe de la Secretaria General Técnica, que es meramente formal. Por último, en tercer lugar, la recurrente señala que la sentencia impugnada desconoce el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, puesto que el Decreto impugnado (autonómico) modifica el régimen estatutario de los funcionarios públicos de un cuerpo estatal.

Para resolver la primera alegación –referida a la ausencia del preceptivo informe del Consejo de Estado– el Tribunal se hace eco de sentencias anteriores que resolvían supuestos similares, en las que se expone de forma detallada la jurisprudencia en torno a la exigencia del informe del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales. A la luz de esos pronunciamientos, señala el Tribunal –para el caso planteado– que efectivamente se está ante un Decreto ejecutivo y que innova el ordenamiento jurídico, por lo que hubiera sido necesario recabar el preceptivo informe del Consejo de Estado. Dice el Tribunal que el Decreto es una disposición de carácter general porque así lo define la Comunidad Autónoma y porque así lo reconocen las partes, a lo que hay que sumar su contenido. El objeto del Decreto es la reestructuración de los servicios de farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria. En un supuesto similar anterior, referido a un Decreto madrileño, la Sala había señalado que en estos casos la reorganización excede del ámbito organizativo y doméstico al afectar a los derechos y obligaciones de los Farmacéuticos Titulares como profesionales sanitarios y regular las incompatibilidades.

Además, continúa el Tribunal, el Decreto impugnado aprueba la relación de los puestos de trabajo del personal sanitario al servicio de la Sanidad local de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura y, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala, las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades organizativas tienen naturaleza normativa, atendiendo al carácter ordinamental y las notas de permanencia que en ellas concurren diferenciándolos de los actos con destinatario plural e indeterminado, pero carente de contenido normativo. Por último, con respecto al carácter ejecutivo de la Ley 2/1996, entiende el Tribunal que se desprende de su contenido, en cuanto se trata de una norma con vocación efectiva de permanencia, que no sólo integra a los funcionarios farmacéuticos titulares en los Equipos de Atención Primaria, sino que además regula y concreta el régimen de incompatibilidades. Del mismo modo que el carácter innovador del ordenamiento, que se presenta con claridad al regular la integración de los funcionarios farmacéuticos titulares en un régimen como el de los Equipos de Atención Primaria (que no estaba expresamente previsto en la Ley 2/1996), y al establecer un régimen de compatibilidad transitorio o provisional, no previsto directamente en la Ley 2/1996, en desarrollo de los derechos adquiridos que los citados funcionarios tenían.

Una vez establecida la necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado, el Tribunal analiza las consecuencias de su omisión. De acuerdo con el artículo 22.3 de la Ley del Consejo de Estado, se exige la oportuna consulta del Consejo de Estado, cuando se trate de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes. De este modo, puesto que el Tribunal considera que el Decreto Autonómico 87/1997 es un Decreto ejecutivo —en cuanto complementa, desarrolla, pormenoriza y completa, una previsión concreta de la Ley 2/1996, y que afecta con carácter o vocación de permanencia a los derechos, deberes y régimen de compatibilidad de determinados funcionarios, a los que además en buena medida les afecta o altera el ámbito territorial y funcional de su actuación y establece un régimen transitorio de compatibilidad, en respeto a derechos anteriores— y que tiene carácter innovador del ordenamiento, entiende que estaba sujeto a la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado y que la falta de ese Dictamen preceptivo, genera su nulidad.

Con base en este argumento el Tribunal estima el recurso interpuesto, declara la nulidad del Decreto impugnado, sin adentrarse en el análisis del resto de motivos de casación invocados por la parte recurrente. En el mismo sentido, también, la **STS de 5 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2006/6483.

b) El informe de los Colegios Profesionales sólo es preceptivo cuando se afectan las condiciones generales del ejercicio de la profesión

La **STS de 2 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, RJ 2006/7579, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2004, que desestimaba el recurso planteado por

IV. Fuentes del Derecho

el Consejo General de Colegios Oficiales de Veterinarios de España contra la Orden del Ministerio de Defensa de 8 de abril de 2003, por la que se establecen los procedimientos de identificación e inscripción de los équidos de razas puras.

La principal alegación de la recurrente (desestimada por la Audiencia Nacional) se basaba en que durante el procedimiento de elaboración de la disposición se había prescindido del informe del propio Consejo General demandante, que debía considerarse preceptivo al afectar —a su juicio— a las condiciones generales de ejercicio de la profesión de veterinario. Ese argumento se reitera en la casación, alegando la infracción del artículo 105, apartado b), de la Constitución, el artículo 24.1, apartado c), de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero. Al respecto, el Tribunal Supremo señala que la regulación de las operaciones para identificación e inscripción de los équidos, por más que en ellas deban intervenir los veterinarios, no es una normativa que regule las condiciones generales del ejercicio de la profesión. Por lo que entiende que asiste la razón al Tribunal *a quo*. Además, añade el Tribunal que la ejemplificación que se realiza en el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales (condiciones del ejercicio de las funciones profesionales, entre ellas el ámbito, los títulos oficiales requeridos, las incompatibilidades con otras profesiones, y los honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles) ya muestra que las condiciones y funciones para cuya regulación se requiere informe han de ser de notable importancia para el conjunto de la profesión, cosa que no sucede en el caso de autos. De este modo se desestima este motivo de la casación.

No obstante, el Tribunal estimará finalmente el recurso interpuesto sobre la base del segundo argumento aducido, que se apoya en la vulneración de la Directiva CE 78/1027, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, y del Real Decreto 1384/1991, de 30 de agosto, que regula el título universitario oficial de Licenciado en Veterinaria y da directrices respecto a sus planes de estudio —por parte del artículo 4.1 y la Disposición Transitoria Segunda de la Orden—. Según la recurrente, si bien no todas las operaciones de identificación e inscripción de los animales son propias de la función facultativa —existiendo otras que no requieren la intervención de un profesional—, ni la Orden impugnada ni la Sentencia diferencian ni disciernen unas y otras, y la dicción literal de los preceptos señalados permite que las operaciones propias de facultativos sean realizadas por otras personas. Este razonamiento es avalado por el Tribunal que entiende que el tenor literal de la redacción de los preceptos permite que funciones propias de los facultativos sean realizadas por quienes no poseen el título correspondiente, por lo que finalmente anula estas disposiciones.

B) Ordenanzas municipales

a) Ordenanza reguladora de la prestación de los servicios funerarios contraria a la liberalización de este tipo de servicios

La STS de 26 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 14 de noviembre de 2004 del TSJ de Castilla y León que estimaba parcialmente el recurso interpuesto por dos personas físicas y jurídicas contra determinados preceptos de la Ordenanza del Ayunta-

miento de Villaquilambre, relativa a la regulación de la prestación del servicio funerario. El único motivo alegado en casación es la vulneración del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de Liberalización del Servicio Funerario, y de la Sentencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, de 9 de julio de 2003, al considerar (el tribunal *a quo*) que el artículo 5 de la citada Ordenanza es conforme a Derecho. Dicho precepto exige que las empresas que presten el servicio funerario deban tener una experiencia mínima de cinco años de actividad en el ramo, un capital de al menos 75 millones de pesetas, y un establecimiento en el municipio con un edificio destinado a tanatorio. Se exige también que se disponga de un número determinado de empleados en plantilla.

Para resolver el conflicto planteado, el Tribunal se hace eco de un supuesto idéntico que había resuelto anteriormente. En aquel caso se impugnaba la Ordenanza del municipio de León sobre servicios funerarios y, entonces, se anuló la totalidad de la norma. El Tribunal señala que el texto de la Ordenanza de Villaquilambre copiaba el de la Ordenanza de León, dando a entender que el resultado debería ser también la anulación completa de la norma. Ahora bien, continúa el Tribunal, en el caso presente sólo se impugna el artículo 5 de la Ordenanza, por lo que el enjuiciamiento debe responder únicamente a las pretensiones de los recurrentes. El Tribunal se limita, pues, a analizar la conformidad a derecho de este precepto.

Para el Tribunal (siguiendo los criterios de su jurisprudencia anterior) no hay razón alguna para limitar o supeditar el otorgamiento de la autorización para el servicio funerario a una experiencia previa, e idéntico juicio merece el apartado b) del artículo 5 que establezca un capital fundacional al menos de 75 millones de pesetas. Además, la exigencia de que exista en el término municipal un establecimiento de la empresa que pretende prestar el servicio y también un tanatorio no se considera aceptable con carácter general. Del mismo modo que se rechaza que sea conforme a derecho la exigencia de medios personales en plantilla de la empresa en la proporción que se hace.

Así pues, el Tribunal acoge el único motivo de casación alegado y declara contrario al ordenamiento jurídico el artículo 5 de la Ordenanza impugnada por ser contrario a la liberalización de los servicios funerarios operada por el artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) Principio de igualdad

a) Igualdad en las condiciones básicas del derecho de propiedad: determina la competencia estatal en materia de valoraciones urbanísticas

La STC 14/2007, de 18 de enero, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco en relación con el artículo 19.a) de la Ley del Parlamento Vasco

IV. Fuentes del Derecho

9/1989, de 17 de noviembre, de valoración del suelo, por posible vulneración del artículo 149.1.1 y 149.1.18 CE. En el precepto cuestionado se disponía que “a los únicos efectos de la determinación del valor urbanístico, el aprovechamiento de los terrenos destinados a sistemas generales será: a) En el suelo urbano sujeto a actuaciones aisladas el acordado en el planeamiento urbanístico, o, subsidiariamente el de 0’2 metros cuadrados de superficie construida o de techo de uso residencial por cada metro cuadrado de suelo”. Lo que se cuestiona es el criterio establecido para la valoración de suelo urbano donde el planeamiento urbanístico no ha asignado aprovechamiento lucrativo, esto es, el supuesto previsto con carácter subsidiario.

Para resolver esta cuestión el TC recoge su jurisprudencia anterior sobre esta materia, según la cual “al Estado le compete regular las ‘condiciones básicas’ que garanticen la ‘igualdad’ de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la ‘igualdad básica’ en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997, FJ 8º). De esta forma, y según dijimos (STC 61/1997, FJ 10º), cabe admitir que el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos —o delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el artículo 149.1.1 CE; por medio de esas ‘condiciones básicas’ el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales”.

De acuerdo con esta doctrina el Tribunal concluye que el régimen de valoraciones de los bienes expropiados —incluido el aprovechamiento urbanístico susceptible de ser indemnizado como consecuencia de una expropiación, que es el objeto de debate en esta cuestión de inconstitucionalidad—, constituye un elemento nuclear de las expropiaciones urbanísticas, que entronca tanto con la regulación de la institución expropiatoria como con el estatuto de la propiedad del suelo. La finalidad del precepto cuestionado es, para el TC, el establecimiento de un concreto criterio de valoración de un bien, suelo urbano sin aprovechamiento asignado por el planeamiento, para determinar, utilizando las valoraciones urbanísticas, su valor económico en caso de privación del mismo a través del ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración pública competente para ello.

En la medida en que las valoraciones urbanísticas fijan cuantitativamente el contenido de la propiedad inmueble de cada dueño y dado que los criterios de valoración urbanística de los suelos sujetos a planeamiento no pueden quedar desvinculados de los criterios de valoración aplicables a esos mismos suelos cuando quedan afectos a un expediente expropiatorio, la identidad de criterios de valoración constituye un elemento clave para lograr la igualdad de los propietarios de inmuebles urbanos en todo el territorio nacional, puesto que de esta forma se atiende a la garantía del justiprecio y a la previsión de criterios de evaluación uniformes en todo el territorio del Estado. En consecuencia, el Estado es competente para dictar una norma que establece una garantía mínima de un determinado valor urbanístico en defecto de planeamiento, tanto en virtud del artículo 149.1.18 CE, en su vertiente relativa a la fijación de criterios de valoración del suelo a efectos expropiatorios, como del artículo 149.1.1 CE, en cuanto que la valoración está directamente relacionada con las condiciones básicas del derecho de propiedad.

b) La imposición de los deberes de cesión en suelo urbano consolidado por parte de una Comunidad Autónoma vulnera la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad ex artículo 149.1.1 CE

En la **STC 365/2006, de 21 de diciembre**, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete en relación con diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística, por vulnerar la competencia exclusiva del Estado para la fijación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad ex artículo 149.1.1 CE. El TC declara en esta Sentencia la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 51.1.2.d) y e), 69.2.a).1, 2 y 3 y b) y 71.3 de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, en la medida en que imponen deberes de cesión en suelo urbano consolidado, contraviniendo con ello la condición básica establecida en el artículo 14 LRSV. Este artículo dispone como condición básica ex artículo 149.1.1 CE que todos los propietarios del suelo urbano consolidado puedan patrimonializar el 100% del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar. Su conformidad a la Constitución fue confirmada por la **STC 164/2001, de 11 de julio**.

Sin perjuicio de que la determinación de la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado es competencia de las Comunidades Autónomas, la jurisprudencia constitucional claramente ha respaldado en la citada **STC 164/2001**, que los propietarios de suelo urbano “consolidado” no soportan (a diferencia de los propietarios de suelo urbano “no consolidado”) deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya edificados pero sujetos a obras de rehabilitación, y que, en consecuencia, patrimonializan el 100% del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar. En este sentido, el Tribunal precisó que la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano “consolidado” no admite modalización alguna de origen autonómico, ya que la igualdad de todos los propietarios de dicho tipo de suelo, urbano “consolidado”, reside, tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia, como en la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico.

c) No se ve afectada por la determinación por una Comunidad Autónoma de la composición del Jurado Territorial de Expropiación

La modificación de la composición tradicional del Jurado de Expropiación por la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, en la redacción dada por la Ley de la Comunidad de Madrid 20/1997, de 15 de julio, no vulnera el artículo 149.1.1 CE. La igualdad básica de los españoles en este ámbito se satisface a través de las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental establecidas en la legislación estatal (**STC 313/2006, de 8 de noviembre**). En el mismo sentido, las **SSTC 314/2006, de 8 de noviembre** y **364/2006, de 20 de diciembre**.

IV. Fuentes del Derecho

d) Prohibición de discriminación en los supuestos previstos en el artículo 14 CE: la prohibición de discriminación por razón de sexo impone un canon más estricto de enjuiciamiento que el principio de igualdad

La STC 3/2007, de 15 de enero, estima el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora a la que se denegó el derecho a reducción de jornada por guarda legal de su hijo menor de seis años. La recurrente fundamenta su recurso en la infracción del artículo 14 CE en relación con la prohibición por razón de discriminación de sexo. El Tribunal expone en esta sentencia su reiterada doctrina jurisprudencial sobre el artículo 14 CE, resaltando que la virtualidad de este precepto no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, entre los que se encuentra la discriminación por razón de sexo. A diferencia del principio genérico de igualdad, que sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

En el caso planteado, el Tribunal otorga el amparo solicitado al haber prescindido la resolución judicial que confirmó la denegación de la reducción de jornada por parte de la empresa, de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la decisión adoptada, y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

La STC 342/2006, de 11 de diciembre, resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, interpuesto por una trabajadora despedida disciplinariamente que considera que se trata de un despido encubierto por razón de su embarazo. La recurrente mantiene que existen indicios de que la decisión empresarial de su despido tuvo por causa exclusiva su estado de embarazo, indicios que no han sido rebatidos por la empresa a través de la acreditación de una causa ajena al móvil de discriminación denunciado. El TC ha reiterado desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que cuando una extinción contractual puede encubrir una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Dado que en este caso el empresario no acreditó la existencia de causa alguna, seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada, al no tener por causa el embarazo de la recurrente, el TC considera que esta ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado en el artículo 14 CE.

e) El disfrute de permiso de maternidad no computa a efectos de los plazos para poder disfrutar de vacaciones en relación con los empleados de las Administraciones Públicas, en virtud de la prohibición de discriminación por razón de sexo

La STC 324/2006, de 20 de noviembre, resuelve un recurso de amparo interpuesto por discriminación por razón de sexo y lesión del artículo 14 CE. El fundamento del recurso de amparo es la confirmación por la Sentencia 52/2003, de 29 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, de la Resolución del Ayuntamiento de Marín, de 4 de diciembre de 2002, que denegó a la recurrente su solicitud de disfrutar las vacaciones anuales del ejercicio de 2002, a partir del 15 de enero de 2003, una vez que no pudo hacerlo en las fechas previstas a causa de una baja por incapacidad temporal, a la que siguió un permiso por maternidad que debía finalizar tal día. Por lo tanto, la recurrente en amparo ha perdido, como consecuencia de su maternidad, el derecho a las vacaciones, sin que tal pérdida le haya sido compensada de ninguna otra manera. En este caso el órgano judicial a quo consideró de aplicación lo dispuesto en la Resolución del 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, que establece en su capítulo XV que las vacaciones anuales retribuidas “se disfrutarán por los empleados públicos de forma obligatoria dentro del año natural y hasta el 15 de enero del año siguiente”. La recurrente había superado a causa de su baja por maternidad el plazo máximo para el disfrute de un derecho laboral de esta naturaleza.

El Tribunal aclara que una restricción de derechos que podría resultar constitucionalmente legítima si tiene su origen en causas de fuerza mayor, como es la enfermedad del trabajador, resulta vetada si se vincula a una causa tan íntimamente unida con el sexo como es la maternidad. En este sentido, el carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público, que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las vacaciones —e incluso su pérdida— en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente.

El TC recoge la jurisprudencia del TJCE en la Sentencia Merino Gómez, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, en virtud de la cual, “cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad”. La STC 324/2006, añade que esto ha de ser así incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones. Por lo tanto el Tribunal entiende que la Resolución del Ayuntamiento de Marín vulneró la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida por el artículo 14 CE.

f) La jubilación forzosa no supone discriminación por razón de edad si sirve para conseguir un fin constitucionalmente lícito y no produce una lesión desproporcionada

En la STC 341/2006, de 11 de diciembre, se desestima un recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la igualdad, por un trabajador que fue jubilado forzo-

IV. Fuentes del Derecho

samente en aplicación del convenio colectivo vigente, por cumplir sesenta y cinco años de edad. Según el TC, para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado, es preciso que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito y que no se lesione desproporcionadamente un bien que se encuentre constitucionalmente garantizado.

En este caso el fin constitucionalmente legítimo es la política de empleo, y no se produce ninguna lesión desproporcionada, ya que el trabajador había completado los períodos de carencia para la jubilación y cumplía el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente. En consecuencia, la existencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo en la empresa demandada durante su vigencia, determina al Tribunal a declarar que la decisión empresarial discutida no vulnera el artículo 14 CE, ya que no constituye una discriminación por razón de edad, sino que es consecuencia de la aplicación de una cláusula convencional sobre jubilación forzosa que no merece ningún reproche desde el punto de vista constitucional.

g) No resulta admisible la discriminación salarial por razón de nacionalidad si no existe una justificación objetiva y razonable

En la **STC 5/2007, de 15 de enero**, se estima el recurso de amparo presentado por un grupo de profesores de nacionalidad española del Liceo Científico Estatal Italiano Enrico Fermi, alegando discriminación salarial por razón de la nacionalidad (artículo 14 CE), al recibir un menor salario por el mismo trabajo que profesores italianos que al tiempo de la contratación tenían su residencia en España. El Tribunal entiende que la diferencia retributiva alegada por los recurrentes resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, ajena a la circunstancia de su nacionalidad española, o, lo que es lo mismo, no coincidente con la de la empresa empleadora, por lo que entiende que se ha producido una vulneración del artículo 14 CE.

h) No supone discriminación por motivos religiosos la exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad para impartir clases de religión católica en centros públicos de enseñanza

En la **STC 15/2007, de 5 de febrero**, se cuestiona la facultad reconocida a las autoridades eclesíásticas para determinar quiénes son las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso en los centros públicos. Para el Tribunal, la atribución de esta facultad a las autoridades eclesíásticas constituye una garantía de libertad de la Iglesia para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. En consecuencia, la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE) y a los principios que rigen el empleo público (artículo 103.3 CE).

El Tribunal Constitucional ha mantenido reiteradamente que el principio de igualdad se infringe si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad, o, en otros términos, cuando el elemento diferen-

ciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional. La exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada, mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de religión católica, por lo que no vulnera el artículo 14 CE.

i) Igualdad en la aplicación de la Ley: impide el cambio de criterio del órgano judicial si éste no lo justifica

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid resolvió diversos recursos de lesividad contra actos administrativos que, salvo en lo relativo a la identidad del recurrente y la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas imputada, tienen un contenido idéntico; sin embargo, el citado órgano judicial dictó diversas Sentencias que llegaban a resultados contradictorios, pues en unos casos se estimaba el recurso de lesividad y en otros no.

El recurrente en amparo, que era destinatario de una de las sentencias estimatorias del recurso de lesividad interpuesto por el Abogado del Estado, invoca la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Para el Tribunal se trata de actuaciones jurisdiccionales en las que un mismo órgano judicial mantiene simultáneamente dos criterios diferentes para resolver casos sustancialmente iguales, sin que pueda apreciarse ninguna razón que justifique este trato diferente, pues las resoluciones que lo aplican no explicitan las razones por las que, en ese caso concreto, siguen un determinado criterio y no el otro, que también aplica esa misma Sección y que da lugar a resultados contrapuestos (a la estimación del recurso en unos casos y a la desestimación en otros), ni de los elementos externos puede inferirse ninguna razón que justifique el diferente trato. En definitiva, el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho no impide el cambio de criterio cuando éste sea reflexivo, pero no ampara el diferente trato otorgado a la resolución de supuestos iguales cuando este distinto tratamiento sea consecuencia de la inadvertencia por parte del órgano judicial de sus propios precedentes (**STC 2/2007, de 15 de enero**).

En la **STC 349/2006, de 11 de diciembre**, se estima un recurso de amparo interpuesto por infracción del artículo 14 CE, por lesionar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. El objeto de la impugnación es una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó un recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción, cuando en supuestos sustancialmente idénticos al de autos, en los que se había alegado la misma sentencia de contraste, se apreció la existencia de contradicción en lo referente a la competencia del orden social para conocer de la declaración de altas y bajas en la Seguridad Social, y sin que el órgano judicial haya razonado el cambio de criterio. El Tribunal, tras comprobar que en este caso concurren todos los requisitos para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, otorga el amparo solicitado.

IV. Fuentes del Derecho

En la STC 339/2006, de 11 de diciembre, se resuelve un recurso de amparo interpuesto alegando la vulneración del artículo 14 CE, en relación con el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. El TC entiende inicialmente que no se ha producido la vulneración de este principio, ya que las situaciones que se comparan no pueden considerarse iguales. En este sentido no considera discriminatorio el diferente trato que se otorga a quienes recurrieron indirectamente una disposición general al amparo de lo dispuesto en la LJCA de 1956, que prescribía que estas sentencias eran siempre susceptibles de casación, frente a quienes interponen un recurso indirecto contra un reglamento al amparo de lo dispuesto en la vigente Ley, que sólo permite el recurso de casación en el caso de que el Tribunal pueda conocer también de los recursos directos que pudieran interponerse contra el reglamento impugnado. Tampoco considera discriminatoria la existencia de un régimen diferente, a efectos de recurrir en casación, para las sentencias que resuelven recursos indirectos contra reglamentos, dependiendo de que el Tribunal que la haya dictado tenga o no competencia para resolver un eventual recurso directo contra la disposición impugnada.

Para el TC ninguno de los citados argumentos permiten entender que se ha producido una vulneración del artículo 14 CE, ya que, precisamente, la circunstancia de que en un caso se trate de Sentencias dictadas por un Tribunal que tiene competencia para resolver tanto el recurso directo como el indirecto, y en otro, de sentencias de un Tribunal que sólo puede resolver las impugnaciones indirectas, determina que las situaciones que pretenden compararse sean diferentes y, en consecuencia, no pueda apreciarse esta infracción constitucional.

Por otro lado, en relación con la primera de las alegaciones, el TC reitera su conocida jurisprudencia, en virtud de la cual, “el artículo 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos”.

Sin embargo, finalmente, el Tribunal estima el recurso de amparo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, al considerar que la resolución judicial recurrida se ha separado de una consolidada línea jurisprudencial aplicada anteriormente por el mismo órgano judicial, sin que en la misma se expliciten las razones que justifiquen el cambio de criterio, ni existan elementos externos que indiquen que el referido cambio se efectúa con vocación de generalidad aplicable a casos similares que pudieran plantearse en el futuro.

B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se entiende vulnerado sólo si se produce una discriminación injustificada

La STC 13/2007, de 18 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra determinados preceptos de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1998. Entre otros argumentos, los recurrentes alegan que ha sido vulnerado por el legislador el principio de interdicción de la arbitrariedad. El TC, tras advertir de que el cuidado que debe tener para mantenerse

dentro de los límites de su control, ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados como es el de interdicción de la arbitrariedad, concluye que este principio no ha sido vulnerado en este caso. Para el Tribunal, al examinar un precepto legal impugnado desde este punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En este caso el Parlamento de Andalucía sólo imputa a las disposiciones impugnadas la carencia de una explicación racional, pero no alega discriminación alguna. Además, en este caso no puede apreciarse que carezca de toda justificación razonable la opción del legislador, ya que, aun cuando no pueda discreparse de ella, no cabe duda de que no responde a capricho o mero voluntarismo.

El Tribunal concluye que no puede calificarse como arbitrario el hecho de que la variable de población que sirve de base a la liquidación a cuenta contenida en las disposiciones de la Ley 65/1997 impugnadas, y a la que hace referencia el Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, se calculara tomando como referencia el último censo general de población aprobado, esto es, el de 1991, sin perjuicio de que existieran otras alternativas.

La **STC 15/2007, de 15 de febrero**, declara que la exigencia de idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad regulado en el artículo 9.3 CE. El Tribunal precisa que no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador, que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional.

C) Principio de seguridad jurídica: la declaración de inconstitucionalidad de una ley no afectará a los procedimientos administrativos ni a los procesos judiciales que la hayan aplicado en los que haya recaído una resolución firme

En la **STC 14/2007, de 18 de enero**, en la cual se anula un inciso del artículo 19.a) de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989 por establecer una regla de valoración urbanística que únicamente corresponde al Estado, se sigue la doctrina establecida en la **STC 54/2002 de 27 de febrero (FJ 9º)** para precisar el alcance de la declaración de nulidad. El Tribunal Constitucional, más allá del mínimo impuesto por el artículo 40.1 LOTC, que dispone que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes “no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada” en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales, establece que la declaración de incons-

IV. Fuentes del Derecho

titucionalidad no podrá alcanzar a aquellos procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que haya recaído una resolución firme.

En el mismo sentido, la **STC 365/2006, de 21 de diciembre**, dispone, al igual que las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11º), 180/2000, de 29 de junio (FJ 7º) y 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 7º), entre otras, que el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. El Tribunal puntualiza que esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia *ex tunc* a la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística, relativos a los deberes de cesión de suelo dotacional o de aprovechamiento urbanístico para los propietarios de suelo urbano consolidado, distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los municipios, con el riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las haciendas locales a que se refiere el artículo 142 CE.

D) Principio de confianza legítima: no se vulnera la confianza legítima cuando se introducen modificaciones reglamentarias razonablemente previsibles y respetuosas con la regulación legal

La **STS de 25 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, resuelve el recurso interpuesto por tres entidades mercantiles contra el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico. Las pretensiones de las recurrentes se basan en la declaración de la nulidad del artículo 6 del Real Decreto recurrido, en lo que se refiere a la actualización anual de las primas correspondientes al grupo D.2, manteniendo al respecto en cuanto al grupo D.2 lo dispuesto en el apartado 5 de la Disposición Transitoria Segunda del RD 436/2004, de 12 de marzo; y en la declaración de nulidad del artículo 8 del Real Decreto recurrido en lo que se refiere al núm. 1, apartado e), (Grupo D.2 de potencia instalada superior a 10 MW pero igual o inferior a 25 MW: $\text{prima} = f[(10/13) + (25-P)/65]$) y al mantenimiento de la vigencia del núm. 4, apartado e) de la Disposición Transitoria Segunda del RD 436/1994, de 12 de marzo. La declaración de nulidad de estos dos nuevos preceptos introducidos por el RD impugnado no se apoya por los recurrentes en la vulneración de ninguna Ley, sólo se aduce la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y del principio de interdicción de la arbitrariedad, en cuanto que las nuevas medidas carecen de justificación.

El Tribunal rechaza de plano estos argumentos. A su juicio, los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. No cabe oponer simplemente el valor de la “seguridad jurídica” a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Es verdad

que las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas, pero también lo es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.

En cuanto a la invocación del principio de confianza legítima, dice el Tribunal que siempre que se mantengan las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la actualización o la significación económica de la prima ascienda o descienda no constituye de suyo motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios. Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades.

Por último, con respecto a la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, apunta el Tribunal que el hecho de que estos cambios normativos carezcan de motivación expresada en el texto publicado no es suficiente para considerarlos arbitrarios. En el procedimiento de elaboración de la norma constan los diversos informes (singularmente el de la Comisión Nacional de la Energía de 7 de octubre de 2004, emitido previa audiencia del Consejo Consultivo de Electricidad, en cuyas sesiones presentaron observaciones diversas entidades y asociaciones de productores en régimen especial) de cuyo contenido puede deducirse cuál era la finalidad y el sentido de las modificaciones propuestas respecto del precedente Real Decreto 436/2004. Sobre la base de estos razonamientos, el Tribunal desestima el recurso interpuesto.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Concepto de acto administrativo.** A) Naturaleza de acto administrativo. a) Impugnación indirecta de plan urbanístico. **3. Clases de acto administrativo.** A) Acto firme. a) Acto no recurrible por transcurso del tiempo: cómputo de plazos. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación correcta por remisión a informe técnico. b) Motivación correcta por empleo de modelos normalizados. **5. Procedimiento administrativo.** A) Recusación. a) Causa de recusación: inexistencia de enemistad manifiesta. B) Archivo de actuaciones. a) Correcta inadmisión de solicitudes por carencia manifiesta de fundamento. b) Derecho a la subsanación de defectos. C) Interesado. a) Legitimación procesal e interesado en el procedimiento administrativo: colegios profesionales. D) Aportación de documentos. a) Proceso de regularización y normalización de residentes extranjeros ilegales: acreditación de empadronamiento. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Ejecución. a) Solicitud de ejecución de acto derivado de silencio administrativo. b) Solicitud de ejecución y derecho a la tutela judicial efectiva. B) Notificación. a) Improcedencia de notificación edictal por no haberse acreditado el intento de práctica personal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de agosto y octubre de 2006 con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, y de los meses de marzo a julio de 2006 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período existen varias sentencias de interés relativas al proceso de regularización y normalización de residentes extranjeros ilegales en España y, en concreto, sobre la acredita-

ción de estancia en territorio nacional, tal como exige el Real Decreto 2383/2004, y en los términos de la Resolución de 14 de abril de 2005, del Presidente del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Naturaleza de acto administrativo

a) Impugnación indirecta de plan urbanístico

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2006, Ar. 249868, recoge doctrina jurisprudencial anterior en la que se admite la posibilidad de impugnar indirectamente un plan urbanístico, en cuanto instrumento de ordenación urbanística, a través de la impugnación de los proyectos de reparcelación. Tal posibilidad de impugnación indirecta deriva de su condición de instrumento de ordenación y, por tanto, aparece vinculada a su contenido normativo, pero no a que constituyen propiamente actos de gestión. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo ha afirmado que “la fijación del sistema de ejecución (...) es sólo el señalamiento de qué normativa (...) debe ser aplicada para la gestión urbanística de un polígono o unidad de actuación, es decir, es sólo la concreción de las normas aplicables, concreción que, referida a un determinado espacio físico, se agota una vez que la gestión ha concluido. Se trata, por lo tanto, de un acto que no se encuadra en el ordenamiento jurídico para su aplicación sucesiva y reiterada (como las normas), sino que surte sus efectos una sola vez y exclusiva”. La aplicación de esta doctrina al caso concreto lleva al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a declarar inadmisibles la impugnación indirecta del Plan urbanístico a través del recurso frente al proyecto de reparcelación.

3. CLASES DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Acto firme

a) Acto no recurrible por transcurso del tiempo: cómputo de plazos

La STS de 13 de noviembre de 2006 califica como no recurrible un acto administrativo. Aun cuando dicho acto hubiera incurrido en irregularidades en la notificación, la actitud pasiva que ha observado el afectado durante más de veinte años hace que esa actuación administrativa gane firmeza.

Por su parte, las SSTS de 19, Ar. 7428, y de 20 de septiembre de 2006, recuerdan la jurisprudencia del Tribunal conforme a la cual la regla “de fecha a fecha” subsiste como principio general de cómputo de los plazos que se cuentan por meses a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos, lo que significa que el plazo vence el día

V. Actos, Procedimiento y Contratos

cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida, que es el de la notificación o publicación.

Sobre esta cuestión, aunque referida al recurso contencioso-administrativo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2006, Ar. 259052.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación correcta por remisión a informe técnico

La STS de 16 de octubre de 2006, Ar. 7689, recuerda que, en la adjudicación de contratos, cabe una motivación sintética siempre que exprese la puntuación asignada a cada licitadora siguiendo los criterios del Pliego. Igualmente, afirma que es posible una motivación por remisión a un informe técnico aceptado por la Mesa de Contratación, siempre que se ajuste a los criterios del Pliego y que su contenido se incorpore a la decisión o se produzca una plena identificación con notificación expresa de su contenido al afectado.

Por su parte, la STS de 20 de septiembre de 2006 concluye afirmando la existencia de una motivación suficiente y adecuada en un procedimiento por el que se deniega una solicitud de licencias de armas y cuya resolución se deniega con remisión a un informe del Delegado del Gobierno.

b) Motivación correcta por empleo de modelos normalizados

El Tribunal Supremo ha afirmado en numerosas sentencias (véase esta Crónica de Jurisprudencia en el número anterior de la Revista) que el empleo de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente. Esta doctrina se reitera en la STS de 29 de septiembre de 2006, Ar. 7546.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Recusación

a) Causa de recusación: inexistencia de enemistad manifiesta

La STSJ del País Vasco de 10 de abril de 2006, Ar. 193376, afirma la inexistencia de una causa de recusación en la comisión de evaluación para plazas de profesor asociado de universidad. Sostiene que no concurre una enemistad manifiesta por la existencia de una discrepancia académica o de criterio o por haber sido calificado anteriormente de forma negativa para otro concurso.

B) Archivo de actuaciones**a) Correcta inadmisión de solicitudes por carencia manifiesta de fundamento**

La STS de 29 de septiembre de 2006, Ar. 7546, considera correcta la decisión administrativa del archivo de las actuaciones, por estar suficientemente motivada y resultar innecesaria la tramitación de las solicitudes ya que las mismas incurrierán con evidencia en la manifiesta carencia de fundamento exigida por la Ley para alcanzar la condición de refugiado.

b) Derecho a la subsanación de defectos

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 4 de mayo de 2006, Ar. 230785, afirma la existencia de un derecho a la subsanación de una solicitud de permiso de trabajo y la consiguiente improcedencia de una inadmisión a trámite del expediente sin que previamente se conceda el correspondiente plazo de subsanación de defectos de la solicitud.

Por su parte, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de abril de 2006, Ar. 197050, recoge también la existencia de este derecho a la subsanación, en esta ocasión, referida a la denegación de una ayuda a la adquisición de vivienda por no haber adjuntado un documento esencial, sin que se le notificase, bien personalmente o a través del boletín oficial, la existencia de un plazo de diez días para subsanar ese defecto.

Sobre subsanación de defectos véanse también la STSJ de Baleares de 28 de marzo de 2006, Ar. 153172 y la STSJ de Extremadura de 27 de marzo de 2006, Ar. 151133.

C) Interesado**a) Legitimación procesal e interesado en el procedimiento administrativo: colegios profesionales**

La STS de 27 de septiembre de 2006 repasa la doctrina jurisprudencial sobre esta materia (véase esta Crónica de Jurisprudencia en el número anterior de la Revista) y, para el caso concreto (una Orden ministerial sobre homologación de título académico extranjero), concluye afirmando que un colegio profesional pudo personarse en el procedimiento administrativo y no lo hizo, por lo que no se encuentra entre aquellos interesados a los que deba notificarse la resolución, por lo que no puede reaccionar fuera del plazo ordinario que tienen para recurrir los interesados personados en el procedimiento y no ostenta un derecho que pueda resultar afectado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1.b) LRJPAC.

D) Aportación de documentos

a) Proceso de regularización y normalización de residentes extranjeros ilegales: acreditación de empadronamiento

La STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2006, Ar. 466, afirma que el Real Decreto 2383/2004 y la Resolución de 14 de abril de 2005, del Presidente del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, no permiten cualquier certificación para surtir los efectos del empadronamiento, sino que, al igual que el empadronamiento acredita oficialmente la residencia, se exige que los otros documentos que acrediten esta residencia y que sean distintos del empadronamiento sean asimismo documentos oficiales (emplea esta Resolución la expresión de documentos públicos), no bastando una mera certificación de un Secretario de Ayuntamiento, pues no es su función dar fe de que una persona reside en el término municipal de ese Ayuntamiento, sin perjuicio de que pueda dar fe de otras realidades o circunstancias directamente relacionadas con su función.

Sobre los medios de acreditación del empadronamiento en España, véanse también las SSTSJ de Navarra de 3 de marzo de 2006, Ar. 154592 y 154625.

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Ejecución

a) Solicitud de ejecución de acto derivado de silencio administrativo

La STSJ de las Islas Canarias de 29 de junio de 2006, Ar. 225404, conoce de la pretensión de un particular de que la Administración ejecute un acto administrativo producido por silencio administrativo dentro de un procedimiento expropiatorio. Para el tribunal, no es discutible la eficacia del silencio, si bien, cuando se trata de actos presuntos la ejecución no alcanzará cualquier contenido, sino aquel que sea concordante con lo solicitado en su día, que no es otra cosa que la tramitación del procedimiento expropiatorio en relación con la parte de la finca ocupada en exceso, así como en relación a los inmuebles no justipreciados.

b) Solicitud de ejecución y derecho a la tutela judicial efectiva

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de junio de 2006, Ar. 776, sostiene que la ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española. Si bien es cierto que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo es predicable, en principio, de las actuaciones judiciales, no lo es menos que, en el ámbito administrativo, incumbe a la Administración no obstaculizar e incluso propiciar o facilitar dicho acceso a la jurisdicción, so pena de infringir dicho derecho, y ello por cuanto la ejecutividad de los actos administrativos puede ocasionar perjuicios irreparables al ciudadano afectado si se materializan a pesar de haberse im-

pugnado, bien ante los Tribunales o bien ante la propia Administración, ante lo cual debe esperar la Administración la firmeza de la resolución para llevar a cabo la materialización de sus decisiones irreversibles cuando le conste la petición de su suspensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

B) Notificación

a) Improcedencia de notificación edictal por no haberse acreditado el intento de práctica personal

La STSJ de Extremadura de 13 de julio de 2006, Ar. 705, concluye afirmando la improcedencia de una notificación edictal de desahucio, por no haberse acreditado el previo intento en dos ocasiones de la notificación personal. En términos similares, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2006, Ar. 259664.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Prescripción de la prohibición de contratar. **3. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Consecuencias jurídicas por el incumplimiento, por parte de una empresa concursante, de la obligación de mantener el carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública. Interpretación teleológica del ordenamiento vigente. b) Insubsanabilidad de las deficiencias materiales de las proposiciones económicas frente a la posibilidad de subsanación de los errores formales. Ejemplos. B) Control judicial de la adjudicación y suspensión cautelar de la adjudicación. **4. Ejecución de los contratos.** A) Precio cierto del contrato. Exclusión de la revisión de precios previo pacto. Excepción al pago. B) Ejecución a riesgo y ventura. C) Modificación del contrato. D) Incumplimiento contractual. a) Imposición de penalidad. b) Pago. Intereses de demora. Intereses de los intereses vencidos. **5. Extinción de los contratos.** A) Resolución del contrato por causa imputable al contratista. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Concepto de “gastos de dirección técnica y liquidación de obras”.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de septiembre a diciembre de 2006, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Prescripción de la prohibición de contratar

La STS de 7 de noviembre de 2006, FD 3º, Ar. 3384, afirma que “(...) la prohibición de contratar, cualquiera que sea su naturaleza, por aplicación del principio de seguridad jurídica, ha de tener un plazo de prescripción, ya que no es dable admitir que la Admi-

nistración pueda ejercitar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación pública, y que le priva por tanto de un derecho, en cualquier momento y a su libre decisión y sin plazo, y siendo ello así, ante la falta de regulación expresa de la norma que regula las prohibiciones de contratar se habrá de acudir a la integración de tal laguna (...). Y a tal efecto el Alto Tribunal aplica el plazo de prescripción previsto en el artículo 132 LRJPAC para las sanciones administrativas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 7 y 9 del TRLCAP, que establecen que los contratos administrativos se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo y en su defecto, por normas de derecho privado.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Consecuencias jurídicas por el incumplimiento, por parte de una empresa concursante, de la obligación de mantener el carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública. Interpretación teleológica del ordenamiento vigente

La STS de 10 de noviembre de 2006, FD 7º, Ar. 3354, afirma que la presentación por parte de una empresa concursante de su proposición de forma “abierta y sin envoltorio alguno”, en un concurso de adopción de tipo, de homologación de productos informáticos, contradice “en primer lugar los términos del artículo 79 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al disponer en su párrafo 1 que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Colisiona asimismo con el contenido del artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de esta Ley, que bajo el rótulo “Forma de presentación de la documentación” exige el requisito de sobre cerrado. Precisamente a estos textos se acomodan de forma mimética los términos contenidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rige el concurso, pues el apartado 7.2 dispone que ‘La documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador a la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos...’”. A pesar de ello, el Alto Tribunal decide que estas irregularidades no pueden conducir a la exclusión de la empresa que presenta su proposición de forma incorrecta atendiendo a una interpretación teleológica del ordenamiento aplicable. Esta decisión se basa en la siguiente argumentación:

“(...) la aplicación de estas condiciones en orden a la selección de los concursantes viene exigida por la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Así lo han reconocido expresamente, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (...). Y en la

finalidad perseguida por la salvaguarda de estos principios podemos encontrar uno de los principales elementos que nos permita responder a la cuestión planteada. A tal efecto, y como argumento marco debemos dejar constancia que nos encontramos ante un concurso de adopción de tipo, de homologación de productos informáticos, que no concluye con un acto de adjudicación a una sola empresa, ni de homologación de un solo producto, sino que pretende juzgar unos requisitos mínimos dentro de estos productos, con el fin de que posteriormente, en otra fase, los miembros de la Carrera Judicial puedan elegir de entre todas las ofertas aprobadas, un producto general y otro especial para la utilización como material de trabajo. Esta precisión resulta de suma importancia, dado que tanto la Ley como el citado Reglamento están pensando en todo momento en otro tipo de concursos: los que se encaminan a la contratación, sobre la base de la competencia, de un producto (obra o suministro) que resulta ‘ganador’ en solitario porque la Administración decide que es el que mejor cumple el conjunto de parámetros que determinan la relación precio-calidad. Aquí, insistimos, no se pretende lo mismo. Se busca la elaboración de un catálogo de productos que, a su vez, van a ser ofertados a todos los Jueces y Magistrados, correspondiendo en última instancia a éstos la elección de los que quieren utilizar. Por otra parte, el precio no se convierte en elemento primordial, ni siquiera de suma importancia, puesto que por su cuantía termina coincidiendo exactamente en todas las ofertas: todas las empresas concursantes proponen su oferta al precio de 85 euros/unidad para la base de datos generales y 36 euros/unidad para las especiales (Anexo 2 al Acta 14/4, de 7 de junio). Estas radicales discrepancias entre el supuesto que prevé la Ley y el que hoy nos ocupa, no pueden pasar desapercibidas. No se trata, en absoluto, de prescindir completamente del procedimiento concursal; esto sería tanto como convertir el procedimiento en una libérrima tramitación, ajena al principio de legalidad que debe presidir en todos los casos la actuación administrativa, tal como dispone expresamente el artículo 103 de la Constitución. Insistimos: no se trata de actuar al margen de la legalidad. Ahora bien, del conjunto de exigencias que plantea la legislación aplicable, ¿cabe atribuir a una sola de ellas el alcance impeditivo planteado por la mesa de contratación si las restantes se cumplen correctamente? Entendemos, por lo que exponemos a continuación, que la respuesta es negativa. Y ello porque la infracción de las reglas cometida por (...), es apta para producir perjuicios exclusivamente en estas mismas empresas. El hecho de que se conozca o pueda conocer desde el momento de presentación el contenido de la oferta, no puede provocar como efecto que otra empresa (concedora de las condiciones) mejore esa oferta y se adjudique el contrato en perjuicio de la primera. Esto sí es lo que puede suceder en un concurso de único adjudicatario, y este resultado es el que pretende evitar a toda costa la garantía de secreto de las proposiciones: evitar situaciones de ventaja (debidas al conocimiento de la oferta de los competidores) es la finalidad de la Ley, y salvaguardar como explicaban las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas el principio de igualdad en la concurrencia eludiendo posiciones más favorables que conduzcan a un resultado ganador a costa de otras ofertas (...).”

b) Insubsanabilidad de las deficiencias materiales de las proposiciones económicas frente a la posibilidad de subsanación de los errores formales. Ejemplos

La STS de 10 de noviembre de 2006, FD 8º, Ar. 3354, reitera la constante jurisprudencia del Alto Tribunal al mantener que “(...) no cabe la subsanación de deficiencias materiales

aunque sí de los errores formales cometidos en la presentación de la documentación en el plazo de tres días antes de la apertura de la presentación de las proposiciones económicas. Se ha admitido como subsanable la defectuosa constitución de un aval (STS de 13 de julio de 2005, recurso de casación 997/2002), la falta de bastanteo en aval presentado en garantía provisional (STS de 26 de enero de 2005, recurso de casación 1383/200), la ausencia de firma en la proposición económica (SSTS de 6 de julio de 2004, recurso de casación 265/2003 y 21 de septiembre de 2004, recurso de casación 231/2003).

B) Control judicial de la adjudicación y suspensión cautelar de la adjudicación

El Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 20 de julio de 2006, Ar. 347, precisa, ante la impugnación de un contrato público otorgado por la Comisión Europea, y tras señalar que la adjudicación de un contrato a un único licitador implica necesaria e indisolublemente la decisión concomitante de no adjudicar el contrato a los demás licitadores (dado que la comunicación formal del resultado de la licitación a los licitadores excluidos no implica la adopción de una decisión destinada a formular expresamente una exclusión, distinta de la decisión mediante la que se adjudica el contrato), reitera los criterios para poder acordar la adopción de la medida cautelar de suspensión de su ejecución: la apariencia de buen derecho en el recurrente, la urgencia en la necesidad de adoptar la medida derivada de si se corre el riesgo de sufrir un daño grave e irreparable si no se adoptan las medidas provisionales solicitadas, y la ponderación de los intereses públicos y privados en juego, procediendo en el supuesto concreto a acordar la suspensión.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Precio cierto del contrato. Exclusión de la revisión de precios previo pacto. Excepción al pago

Las SSTSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2006, Ar. 256.583 y 10 de octubre de 2006, Ar. 257.053, precisan, en relación a un contrato de gestión de servicios públicos, que en el expediente de contratación deberá haberse determinado con exactitud el precio. Pero la certeza del precio no puede razonablemente exigirse de la totalidad del precio sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran. En consecuencia, no cabe equiparar el término precio cierto con el de precio alzado. La certitud o fijeza implica inamovilidad en los elementos a salvo de que se hubiere pactado una revisión de precios.

La SAN de 27 de octubre de 2006, Ar. 267.463, confirma la resolución del órgano de contratación que deniega la revisión de precios, puesto que la empresa recurrente suscribió un contrato de unas determinadas obras complementarias, donde expresa y taxativamente consta el precio del mismo y donde se excluye la revisión de precios. A juicio

V. Actos, Procedimiento y Contratos

del Tribunal, si la empresa estaba disconforme debió negarse al abono de su precio o al menos hacer constar su disconformidad y solicitando que el mismo fuese fijado de forma contradictoria. Lo que no cabe es consentir unos determinados precios, sin objeción ni reserva alguna, y en cambio manifestar la discrepancia con posterioridad recurriendo la resolución dictada.

En la misma línea, la STS de 17 de octubre de 2006, Ar. 8.991, precisa, ante la cesión de un contrato aceptada por el segundo contratista que resulta económicamente desventajoso para el mismo y la solicitud de una actualización del precio del contrato, que el contratista aceptó la cesión de la obra por un precio determinado y cierto, y por tanto, a éste y no a otro precio se debe de atener. En efecto, dado que el contratista había aceptado y firmado el contrato, a los términos del mismo ha de estarse sin perjuicio de la revisión de precios prevista en tales contratos. Además, el Tribunal precisa que se trataba de una obra adjudicada a otra empresa del mismo grupo, siendo la recurrente quien voluntariamente aceptó a los dos años de la contratación la cesión de la obra por un precio determinado y concreto. En consecuencia, si estimaba que con esos precios no podía terminar la obra ella fue libre al aceptar la continuación.

Cuestión distinta es determinar si se produce una demora en la adjudicación por un tiempo sustancialmente amplio si ha de procederse o no a la revisión de precios desde el propio momento de la presentación de las ofertas, o si es posible o no que existan otras formas que tiendan a restaurar el equilibrio financiero del contrato. Al respecto, la STS de 10 de octubre de 2006, Ar. 7.649 y la STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2006, Ar. 257.046, precisan, de una parte, que ha de estarse al precio cierto pactado en el contrato, en atención al momento de la adjudicación. De otra parte, la demora en la adjudicación del contrato sólo trae como consecuencia que los licitadores puedan retirar sus ofertas, de tal forma que si los licitadores voluntariamente o por las razones que estimaron oportunas no retiraron sus ofertas, y en el momento de celebrar el contrato no hicieron alegación o petición de actualización, debe estarse a las previsiones y términos del contrato. Finalmente, se precisa que al tratarse de una actuación precontractual de la Corporación se podría derivar una responsabilidad puntual de dicha Administración por su actuación indebida que comprende aquellas partidas que teniendo su base en la actuación indebida de la Administración se correspondan con los gastos efectivamente realizados y constatados y como derivados de esa actuación de la Administración.

B) Ejecución a riesgo y ventura

La SAN de 13 de octubre de 2006, Ar. 251.228, ante la solicitud del contratista de una indemnización por los perjuicios causados por unas fuertes lluvias, considera que no concurre un supuesto de fuerza mayor que determine la inaplicación del principio de riesgo y ventura, dado que tales precipitaciones por su volumen no pueden producir inundaciones que puedan calificarse de catastróficas, aunque hayan sido superiores a las precipitaciones medias de la zona donde se ubica la obra y puedan haber sido las causantes de los daños denunciados.

C) Modificación del contrato

Si la modificación del contrato, en cuanto que se introducen unidades de obra no contempladas en el proyecto inicial o se modifican las ya contempladas para dar respuesta a nuevas necesidades, se realiza sin permitir la intervención del contratista, a fin de que pueda oponerse a los nuevos precios fijados, se produce la nulidad de pleno derecho de la decisión del órgano de contratación, al haberse causado una indefensión material en el contratista (STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2006, Ar. 256.658).

D) Incumplimiento contractual**a) Imposición de penalidad**

La STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2006, Ar. 292.757, analiza la legalidad de diversas penalidades impuestas a un concesionario de un contrato de gestión del servicio público de transporte de alumno, por haber prestado indebidamente el servicio utilizando un vehículo suplente no autorizado y sin comunicar previamente dicho cambio, confirmando la sanción. En tales supuestos de imposición de penalidades, como recuerda la STSJ de Extremadura de 24 de octubre de 2006, Ar. 267.592, si no se ha practicado prueba alguna por la Administración que impuso la penalidad, tendente a acreditar la realidad y veracidad de los hechos denunciados, debe considerarse que existe una falta de pruebas sustentadoras de las resoluciones recurridas. A la Administración incumbe probar los hechos, no porque se trate de un procedimiento sancionador, sino porque tratándose de incumplimientos contractuales, será la parte que lo alega la que deba probarlo.

Dicho procedimiento para imponer penalidades contractuales no tiene determinado en el TRLCAP plazo específico de resolución, y debe ser considerado como un procedimiento de intervención susceptible de provocar efectos desfavorables y de gravamen, por lo que transcurridos tres meses desde su iniciación deberá entenderse caducado, a tenor del artículo 44 LRJPAC, como precisan las SSTSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2006, Ar. 780 y 18 de septiembre de 2006, Ar. 779.

b) Pago. Intereses de demora. Intereses de los intereses vencidos

Debe tenerse en cuenta, a tenor de la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2006, Ar. 267.500, que si la denegación del abono del precio se realiza por un órgano distinto al de contratación, dicha resolución será nula de pleno derecho por provenir de un órgano manifiestamente incompetente.

La STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 2006, Ar. 267.445, anula la resolución de la Consejería que deniega el pago de una certificación de obra, dado que la misma, a pesar de reconocer la realidad de la obra ejecutada, justifica la negativa al pago en el defecto procedimental de inexistencia de fiscalización previa del gasto. Para el Tribunal, procede dicha anulación "(...)" pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto por

V. Actos, Procedimiento y Contratos

parte de la Administración que no abona la cantidad por un defecto procedimental en la tramitación del expediente aunque reconoce la realización de las obras a su satisfacción y su recepción, incluida la parte del proyecto modificado (...)”. La consecuencia es la obligación del pago del principal más los correspondientes intereses de demora en el pago por parte de la Consejería, siendo tales intereses de demora unos intereses vencidos, por lo que constituyen por sí una deuda líquida, que al no ser voluntariamente abonada por la Administración obligada al pago, genera el consiguiente abono de intereses legales por aplicación de la normativa supletoria contenida en el artículo 1109 del Código Civil. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 26 de octubre de 2006**, Ar. 267.555. Reconocen igualmente la existencia de intereses de los intereses vencidos, por ser una cantidad líquida, las **SSTSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2006**, Ar. 268.442; y **22 de septiembre de 2006**, Ar. 268.911; y las **SSTSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2006**, Ar. 4.239 y **24 de noviembre de 2006**, Ar. 3.998.

Al endosatario que pretende el cobro de los créditos incorporados a las certificaciones de obra que le fueron válidamente transmitidas se le pueden oponer excepciones personales del endosante cuando, una vez producido el mismo y aceptado por la Administración, los mandamientos de pago sólo pueden ser extendidos a favor de aquél, siempre que esas excepciones provengan de hechos anteriores a la trasmisión de los créditos, pero no cuando tales excepciones se deriven de determinadas conductas acaecidas con posterioridad a la cesión, como recuerda la **STSJ de Castilla y León de 12 de septiembre de 2006**, Ar. 252.005.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de octubre de 2006**, Ar. 268.210, declara que la fecha que ha de tomarse en cuenta para calcular la existencia de demora es la fecha de la emisión de la certificación, no la fecha de su entrada en el Registro Municipal, puesto que la misma se expide por la propia Corporación. A su vez, la **SAN de 23 de noviembre de 2006**, Ar. 292.886, precisa que el día del pago de la liquidación del precio de la obra pública contratada ha de quedar incluido en el cómputo de la liquidación de intereses de demora. Y ello porque es ésa la fecha y no otra cuando la Administración efectúa el pago retrasado que autoriza legalmente al deudor para reclamar los intereses previstos en la indicada Ley, debiendo rechazarse que el *dies ad quem* sea el día anterior al pago. Y aquí debe tenerse presente, como precisa la **STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2006**, Ar. 68.949, que el derecho al cobro de los intereses de demora nace incondicionalmente desde el mismo momento en que la certificación se expide por la Dirección Facultativa, y con total independencia de lo que sucede posteriormente con la obra no ejecutada, porque el derecho al cobro de la certificación es independiente de tales avatares, que se remedian, si es que perjudican a la Administración y también al contratista, mediante la resolución del contrato, la imposición de penalidades al contratista o la incautación de las garantías. En todo caso, el pago del importe de las certificaciones y de los intereses legales, si ese pago se produce tardíamente, no depende ni está condicionado a que el contrato se haya cumplido mediante la recepción de las obras.

Ahora bien, cuando la obra ejecutada por el contratista se financia por dos Administraciones Públicas en virtud de las estipulaciones de un convenio de colaboración, los intereses de demora que correspondan a las certificaciones emitidas por una de las Ad-

ministraciones no podrán reclamarse a la otra Administración, tal y como precisa la SAN de 27 de octubre de 2006, Ar. 267.466. Cuando el problema se plantea ante el traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma, la SAN de 11 de octubre de 2006, Ar. 251.240, precisa que desde la fecha efectiva del traspaso, será la Comunidad Autónoma la que deberá asumir las consecuencias económicas resultantes del contrato.

El régimen de pago y de devengo de intereses de demora por retraso en el pago de las revisiones de precios es el propio de las certificaciones de obra de cuya naturaleza forman parte, o, en su caso, de las liquidaciones del contrato, como recuerda la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2006, Ar. 268.442. En consecuencia, la Administración debe incluir la revisión de precios en cada una de las certificaciones ordinarias, sin esperar a la liquidación del contrato, puesto que en caso contrario a partir de los 2 meses desde la fecha de cada certificación se devenga, respecto a la cantidad imputable por cada revisión de precios a la respectiva certificación, los correspondientes intereses de demora.

5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Resolución del contrato por causa imputable al contratista

La STSJ de Castilla y León de 7 de noviembre de 2006, Ar. 293.410, ante la existencia de deficiencias en la ejecución de un contrato de obra (piscina municipal) imputables a una deficiente ejecución por parte del contratista, confirma la decisión municipal de resolver el contrato e incautarse la fianza. Lo relevante de esta sentencia es que, ante la alegación del contratista de que siguió las órdenes de la dirección técnica facultativa, el Tribunal Superior de Justicia afirma la aplicación supletoria del artículo 1591 del Código Civil, afirmando la existencia, en tal caso, de una responsabilidad solidaria entre el contratista ejecutor de la obra y la dirección técnica facultativa.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2006, Ar. 293.427, anula la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda resolver el contrato de obras por incumplimiento del contratista en cuanto al plazo de ejecución total y se desestima la liquidación presentada por éste. El Tribunal Superior de Justicia considera que, efectivamente se ha superado el plazo total de ejecución, pero ello es debido a la inviabilidad del proyecto que, por un deficiente e incompleto estudio de los terrenos, no había previsto la ejecución de unidades de obra indispensables que obligaba a paralizar las obras para realizar las modificaciones oportunas que salvaran las deficiencias y omisiones del proyecto inicial advertidas reiteradamente por el contratista. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia, aplicando el artículo 151 del TRLCAP, acuerda, para proceder a la liquidación del contrato resuelto indebidamente, valorar la obra realmente ejecutada por el contratista a los precios contractuales, incluyendo el valor de la obra pendiente de ejecutar, en el momento de la resolución a fin de poder fijar el lucro cesante que proceda.

Si ante la decisión administrativa de resolver el contrato por incumplimiento del contratista, éste muestra su oposición, resulta imprescindible obtener el previo informe del

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente. Su omisión determina, como precisa la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2006, Ar. 256.603, la nulidad de la resolución, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la omisión de dicho trámite a fin de que se subsane. Incidiendo en este punto, la SAN de 11 de octubre de 2006, Ar. 215.236, precisa que el plazo para que el contratista muestre su oposición es de 10 días naturales, pero si este plazo se sobrepasa por el contratista, manifestando expresamente su oposición con anterioridad a que se le notifique expresamente que se le tiene por decaído en su derecho a manifestar su oposición, a tenor del artículo 76.3 LR-JPAC, el órgano de contratación no puede eludir la solicitud del dictamen del Consejo de Estado. La consecuencia de la omisión de dicho dictamen es, lógicamente, la retroacción de actuaciones.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

a) Concepto de “gastos de dirección técnica y liquidación de obras”

Como precisa la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de diciembre de 2006, FD 2º, Ar. 4178, por “gastos de dirección técnica y liquidación de obras” hay que entender “los gastos que se ocasionaron por los técnicos, Arquitectos y Aparejadores, que dirigen la ejecución de las obras contratadas, es decir, los que se refieren a la efectividad del contrato (...)”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular la composición de los Jurados de Expropiación propios. 2. Organismos autónomos. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Nulidad de pleno derecho de la disposición que acuerda el traslado de la sede de la CMT a Barcelona. 3 Administración local. A) Alteración de términos municipales. a) Delimitación de términos municipales. Un bien patrimonial puede ser propiedad del Ayuntamiento y radicar fuera de su término municipal. b) Procedimiento de deslinde: el error material no existe cuando su apreciación implica un juicio de valor. c) Constitución de entidades locales menores: valoración discrecional de los requisitos por la Administración Autonómica. B) Autonomía local. La autonomía local no permite el otorgamiento de subvenciones para actuaciones que no forman parte de las competencias municipales. C) Competencias municipales. Un Ayuntamiento no puede alegar falta de medios para no ejecutar el contenido de la sentencia, pues puede instar la colaboración de otras Administraciones. D) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. No son conformes al ordenamiento jurídico compromisos privados de renunciar al cargo de Concejal en caso de baja voluntaria del partido político con el que se presentó a las elecciones. E) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. a) No existe dimisión sobrevenida a los efectos del artículo 197.3 LOREG cuando el Alcalde deja su puesto en cumplimiento de sentencia judicial. b) El artículo 197 bis LOREG no permite la aprobación definitiva del presupuesto municipal sin el trámite de información pública. **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) El título de ingeniero industrial es válido para instalar infraestructuras de telecomunicaciones. B) El impago de cuotas de colegios profesionales no puede dar lugar a la baja en la profesión. **5. Consorcios. Naturaleza jurídica.**

1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS TIENEN COMPETENCIA PARA REGULAR LA COMPOSICIÓN DE LOS JURADOS DE EXPROPIACIÓN PROPIOS

La STC 313/2006, de 8 de noviembre, desestima la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con los artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, en la redacción dada por la Ley de la Comunidad de Madrid 20/1997, de 15 de julio, por posible vulneración del artículo 149.1.1 y 149.1.18 CE.

Los preceptos legales cuestionados regulan la competencia y composición del Jurado territorial de expropiación forzosa, órgano administrativo de la Comunidad de Madrid al que se atribuye la competencia de fijación del justiprecio en las expropiaciones en las que la Administración expropiante sea la Comunidad de Madrid o un municipio de su territorio. El Auto de planteamiento entiende, en primer lugar, que la Comunidad de Madrid carece de competencia para regular cualquier aspecto de la institución de expropiación forzosa, pues su regulación concreta correspondería al Estado en virtud de su competencia en materia de legislación sobre expropiación forzosa del artículo 149.1.18 CE. Sin embargo el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su doctrina al respecto de este supuesto (SSTC 251/2006, 37/1987, 319/1993, 196/1997) al considerar que la creación de un órgano administrativo como el Jurado territorial de expropiación forzosa resulta encuadrable, sin dificultad, en la potestad de autoorganización de sus propios servicios expropiatorios, dada la competencia ejecutiva que ostenta la Comunidad de Madrid en esta materia según lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de su Estatuto de Autonomía.

La segunda duda de inconstitucionalidad plantea la necesidad de que la composición del Jurado territorial de expropiación de la Comunidad de Madrid haya de respetar el principio de composición equilibrada de los intereses representados en el órgano encargado de fijar el justiprecio. Plantea la posibilidad de que exista un desequilibrio, que afecte de modo sustancial a las garantías expropiatorias, que según la doctrina constitucional, corresponde establecer al Estado (ex artículo 149.1.18 CE) y que infrinja las condiciones que garantizan la igualdad de los españoles en relación con sus derechos y deberes constitucionales (ex artículo 149.1.1 CE).

El TC reitera su Sentencia 251/2006, de 25 de julio, descartando la existencia de tal desequilibrio ya que “la posición de igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales (conectados en este caso al derecho de propiedad regulado en el artículo 33 CE) resulta asegurada por las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental que han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado, sin que dichas garantías deban ser satisfechas, en los casos en que las Comunidades Autónomas disponen de competencias normativas y de ejecución en las materias sustantivas, mediante la exigencia de la normativa estatal a través de órganos de igual

VI. Organización Administrativa

composición”. El TC concluye que el precepto legal cuestionado no vulnera el artículo 149.1.1 y 149.1.18 CE.

En el mismo sentido, se dictan las SSTC 314, 315 y 364/2006.

2. ORGANISMOS AUTÓNOMOS. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA DISPOSICIÓN QUE ACUERDA EL TRASLADO DE LA SEDE DE LA CMT A BARCELONA

La STS de 27 de noviembre de 2006, Ar. 292701, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Disposición Adicional Única del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre por el que el Gobierno acuerda que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) pase a tener su sede en Barcelona.

El recurso interpuesto por los trabajadores de la CMT es estimado por motivos formales, ya que el Tribunal considera que la Disposición Adicional Única del mencionado Real Decreto es un acto normativo, una previsión reglamentaria, en lugar de un acto singular, y que en su elaboración se ha incumplido el artículo 24 de la Ley del Gobierno, que establece la obligatoriedad en la elaboración de los reglamentos de contar con el sustento de una memoria justificativa y de una memoria económica. El Tribunal estima que la Administración en la “elaboración de la Disposición Adicional Única del Real Decreto 2397/2004 ha actuado con precipitación privándose de los datos que hubieran podido poner de relieve el acierto de su decisión”. Considera que la preceptiva memoria económica “no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esa naturaleza. No contiene estimación alguna del coste a que dará lugar el reglamento, como impone el artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento en que se redacta y que se trata de un coste que se cuantificará cuando se lleve a cabo el efectivo traslado de la CMT. La memoria reconoce que existirá un incremento del gasto público e incluso conoce los elementos que lo determinarán, pero desprecia su cuantificación pese a que habría resultado relativamente sencillo hacerlo dentro de determinados márgenes”.

Respecto a la memoria justificativa, el Tribunal entiende que no contiene elementos de los que pueda desprenderse, como lógica consecuencia, la necesidad del traslado de la sede de la CMT a Barcelona. Se limita a afirmar que “el cambio de sede se enmarca dentro de la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías respecto de entidades públicas cuyas funciones permitan una actuación independiente de los Departamentos Ministeriales, permitiendo así su ubicación en otras áreas del territorio español”. Sin embargo este argumento no representa a ojos del Tribunal una justificación aceptable para el traslado de la sede de un organismo que fue creado tras la Constitución, estando en vigor, por lo tanto, el Estado de las Autonomías. Entiende que en la decisión adoptada existen razones para llevar a cabo esta medida que no se han plasmado en la Memoria justificativa y que debieran haberse exteriorizado para que sirvieran de verdadera motivación de aquella y parámetro para el enjuiciamiento por el Tribunal de las potestades ejercitadas.

La ausencia de unas verdaderas memorias justificativa y económica determinan la nulidad de pleno derecho de la disposición. Sin embargo, no entra el Tribunal, tal y como le reprochan algunos votos particulares de la sentencia, a analizar por primera vez lo que pudiera haber sido una cuestión de gran interés, como es la relativa al alcance de las nociones legales de “independencia funcional” o “especial autonomía respecto de la Administración General del Estado”, a las que se refiere la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Alteración de términos municipales

a) Delimitación de términos municipales. Un bien patrimonial puede ser propiedad del Ayuntamiento y radicar fuera de su término municipal

La STS de 19 de septiembre de 2006, Ar. 7423, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalacruz (Ávila), contra la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León de 8 de noviembre de 2001, desestimatoria del recurso deducido por este Ayuntamiento contra la Orden de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta de Castilla y León de 27 de noviembre de 1996, por la que se determinaba el límite jurisdiccional entre los términos municipales de Hoyacasero y Navalacruz.

El Tribunal de instancia rechazó los motivos de impugnación invocados por el Ayuntamiento de Navalacruz (que se rectificara el deslinde realizado por la Administración afirmando que se han atribuido a un municipio terrenos propiedad de otro, pues la finca denominada “Dehesa Boyal” es propiedad del Ayuntamiento de Navalacruz según certificación del Registro de la Propiedad de Ávila y el inventario de bienes del municipio), con base, entre otras, a las siguientes consideraciones: “el acto de deslinde de términos municipales no ventila aspectos relativos a la titularidad de terrenos, por lo que al ser la Dehesa de Boyal un bien patrimonial, puede ser propiedad del Ayuntamiento de Navalacruz y radicar fuera de su término municipal”.

El TS considera 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 ostenten dentro de dicho territorio, que pueden ser tanto demaniales, del propio Ayuntamiento, o de cualquier otra Administración territorialmente superior, como patrimoniales, e incluso propiedad de los particulares, y nada impide que entre estos últimos se encuentre otro Ayuntamiento (STS 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 correspondería en su caso a la jurisdicción civil sobre quienes sean los propietarios privados de los terrenos afectados”.

VI. Organización Administrativa

b) Procedimiento de deslinde: el error material no existe cuando su apreciación implica un juicio de valor

La STS de 11 de octubre de 2006, Ar. 7652, estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 21 de enero de 2004, relativa al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Galicia de 31 de marzo de 2000 que confirmó el deslinde realizado en 1938 entre los términos municipales de Bueu y Santa María de Cela bajo el aval del Instituto Geográfico Catastral. El Acuerdo recurrido se llevó a cabo tras la tramitación del correspondiente expediente de deslinde, contando con los informes favorables tanto del Instituto Geográfico Nacional, como de la Diputación de Pontevedra, de la Comisión Gallega de Delimitación Territorial y del Consejo Consultivo de Galicia.

El Ayuntamiento de Bueu insta una nueva delimitación de los términos en base a los artículos 19 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial y 43 de la Ley 5/1997, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que permiten la nueva fijación de los límites existentes en caso de que documentalmente se justifiquen errores materiales o vicios de procedimiento en la delimitación anterior.

Sin embargo el Tribunal Supremo entiende que no hay constancia documental de que se hubieran cometido errores materiales en el deslinde de 1938 o existieran vicios de procedimiento de aquél. La sentencia del TSJ de Galicia confunde la demostración documental de un error material acaecido en un procedimiento con la toma en consideración de unos informes denominados históricos, y que aceptados cambian por completo la naturaleza del acto. Según el Tribunal, “un error material no existe cuando su apreciación implica un juicio de valor, o cuando su rectificación aparente representa realmente una alteración fundamental del contenido del acto que se pretende rectificar y esto es lo que ocurre en este supuesto en el que se modifica la linde anterior pretendiendo que la misma era materialmente errónea utilizando para ello trabajos o informes aportados por el municipio que instó el deslinde y que no demuestran la existencia de error material en aquél”.

c) Constitución de entidades locales menores: valoración discrecional de los requisitos por la Administración Autonómica

La STS de 21 de septiembre de 2006, Ar. 7454, desestima el recurso de casación promovido contra la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León el 30 de septiembre de 2002, sobre denegación de la constitución de las entidades de ámbito territorial al municipio en el término de Boñar (León).

La parte recurrente entiende que el acuerdo de denegación emitido por la Administración Autonómica es arbitrario por aplicación carente de toda racionalidad de los principios de autonomía municipal, solidaridad intermunicipal y eficacia en la prestación de los servicios públicos municipales. Aunque existe una voluntad de los vecinos favorable a la constitución de las entidades menores, el Tribunal Supremo comparte el criterio de la sentencia recurrida sobre la legalidad de la valoración discrecional de los citados principios, habiéndose demostrado además que, salvo el servicio de abastecimiento de agua, la mayor parte de los servicios se prestan por el municipio. Según el Tribunal Supremo, la Sala de

instancia explica en forma razonada la aplicación de los referidos principios por parte de la Administración autonómica, dejando manifiestamente claro que ésta no ha actuado en forma arbitraria o carente de toda racionalidad, como sostiene la parte demandante. Ha tenido en cuenta los principios citados y los ha aplicado de manera razonable, ejerciendo una facultad atribuida por el ordenamiento jurídico que posee un contenido altamente discrecional. En realidad, para el Tribunal, lo que aflora a lo largo del razonamiento del motivo es la discrepancia de la parte actora con la valoración que la Administración ha efectuado de la aplicación de los mencionados principios, discrepancia legítima pero irrelevante a la hora del control judicial del acto impugnado. Una valoración que, por lo demás, es compartida y explicada de manera razonada por la Sala de instancia, por lo que no puede achacarse ni a la Administración autonómica ni a la Sala juzgadora la infracción del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Igualmente, la Administración autonómica ha efectuado una valoración discrecional sobre la mejor forma de prestar los servicios públicos municipales a los habitantes de las entidades locales menores pretendidas, entendiendo que se satisfacen mejor sus intereses con una prestación unificada a cargo del municipio en vez de admitiendo su descentralización en las citadas entidades locales menores. Tal valoración, además de razonable, se basa en una apreciación de las circunstancias fácticas que concurren en el municipio afectado. Por tanto, el razonamiento de la parte recurrente se reduce a una opinión divergente de la manifestada por la Administración.

B) Autonomía local. La autonomía local no permite el otorgamiento de subvenciones para actuaciones que no forman parte de las competencias municipales

La STS de 26 de septiembre de 2006, Ar. 7478, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barrundia contra la STSJ del País Vasco de 15 de diciembre de 2006 que anulaba el Acuerdo del pleno de dicho Ayuntamiento en lo relativo a la aprobación de una subvención de 300.000 pesetas para Udalbiltza.

En contra de lo defendido por la parte recurrente, el Tribunal Supremo, recordando lo dispuesto en la STS de 15 de febrero de 2002 y en las SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, y 4/1981, de 2 de febrero, considera que la autonomía municipal exige interpretar el haz de competencias del municipio de modo estrechamente relacionado con los intereses y aspiraciones de los vecinos, y exige reconocer un ámbito significativo al municipio en la función de integración social de las minorías, con la reserva de que la actividad abordada no suponga una invasión de competencias específicamente atribuidas a entes territoriales superiores o su reconocimiento o ejercicio comporte lesión de aquéllas o la vulneración del ordenamiento jurídico. La autonomía local, constitucional y legalmente consagrada, nunca es expresión de soberanía y sí alude en cambio a poderes limitados para la gestión de los intereses municipales. Dicha autonomía no se garantiza, pues, para incidir en otros intereses generales o particulares distintos de los propios de la entidad local, al caracterizarse la autonomía local como cualitativamente inferior a la autonomía política de que gozan, entre otros, las Comunidades Autónomas.

VI. Organización Administrativa

Resulta, sin embargo, difícilmente sostenible en el presente caso encuadrar la actuación municipal dentro del marco competencial atribuido a los municipios para el cumplimiento de sus fines, cuyo diseño en la Ley de Bases del Régimen Local es lo suficientemente preciso para abortar tentativas como la que es objeto de enjuiciamiento. La LBRL no justifica la conversión de los Ayuntamientos en organizaciones de difusión o defensa de proyectos políticos supramunicipales, en los que el referente deja de ser el sustrato colectivo del municipio, para desplazarse hacia una colectividad más amplia e indefinida, cuya representación corresponde en realidad a otro tipo de entes públicos territoriales.

Concluye el Tribunal diciendo que no se pone en duda la legitimidad democrática de las reuniones y asambleas de lo que se denomina públicamente Udalbiltza, pero el problema reside en suponer que un poder público territorial como el municipio pueda poner sus potestades al servicio de ideas o proyectos políticos legítimos por el solo hecho de que, al margen de toda objetiva y legal decantación de competencias y capacidades, los miembros que ostentan la mayoría decidan aplicarlas a tal fin. La objetividad y sometimiento a la Ley de los municipios significa tanto como que son entes independientes y no instrumentales ni tributarios de organización social, religiosa, ideológica o política alguna, pues es el orden jurídico exclusivamente el que rige su actuación.

C) Competencias municipales. Un Ayuntamiento no puede alegar falta de medios para no ejecutar el contenido de la sentencia, pues puede instar la colaboración de otras Administraciones

La STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2006, Ar. 277920, desestima el recurso de apelación, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Cardeñadijo, contra el Auto de fecha 15 de marzo de 2006, por el que se acordaba dar audiencia a las partes sobre imposición de multa coercitiva al Alcalde del Ayuntamiento de Cardeñadijo, depurando la posible comisión de responsabilidades penales por las autoridades y funcionarios que habían incumplido el fallo que requería al Alcalde del Ayuntamiento de Cárdena para que cumpliera lo dispuesto en la Sentencia de 30 de marzo de 2000. Dicha Sentencia estimaba que unas obras realizadas por un vecino con licencia municipal anulada no eran legalizables, por lo que ordenaba la demolición de las mismas.

Si bien no se había negado abiertamente a dar el debido cumplimiento a las resoluciones judiciales, desde que recayó sentencia firme y después de haber estado paralizado casi un año por causa imputable al propio Ayuntamiento el expediente de legalización, el Ayuntamiento no había conseguido contratar los servicios de una empresa para que se comprometiera a realizar tales obras de derribo, ante la negativa del particular de hacerlo por sí mismo. El Ayuntamiento alegaba la negativa de las empresas contactadas para realizar el derribo y la inexistencia de medios materiales o personal cualificado en el Ayuntamiento para realizar el derribo por sí mismos.

El TSJ estima que la negativa de tales empresas no debería haber llevado al Ayuntamiento a cesar en su obligación legal y jurisprudencial de llevar a cabo dicho derribo, bien buscando la contratación de otras empresas con mayores medios personales y técnicos por otras

vías previstas en la normativa de contratación, o bien, en su caso, contratando al personal al efecto o instando a la colaboración de otras Administraciones públicas. Nada de esto ha hecho o intentado el Alcalde de dicho Ayuntamiento, por lo que se evidencia que no ha habido una voluntad cierta, decidida y demostrada de querer llevar al efecto el cumplimiento de la sentencia dictada.

D) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. No son conformes al ordenamiento jurídico compromisos privados de renunciar al cargo de Concejal en caso de baja voluntaria del partido político con el que se presentó a las elecciones

La STC 298/2006, de 23 de octubre, resuelve el recurso de amparo promovido por el partido político Acción Popular Burgalesa Independiente, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 2 de mayo de 2001, mediante la que se desestimó la pretensión del partido político de que se acordara el cese de un concejal del Ayuntamiento de Burgos, originariamente miembro de dicho partido político, al haber presentado voluntariamente su desvinculación de Acción Popular Burgalesa Independiente, y habiendo pasado a integrar el grupo mixto en el mencionado Ayuntamiento.

La Sentencia de instancia consideró que la doctrina constitucional elaborada en torno al artículo 23 CE determina que el cargo obtenido en unas elecciones políticas a las que se concurre formando parte de la candidatura presentada por un partido político pertenece al electo y no al partido, rechazando que el vínculo entre el afiliado y el partido pueda disciplinarse por las normas del Código Civil reguladoras de las obligaciones y contratos. Los recurrentes invocan la vulneración del derecho a acceder a un cargo público en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 23.2 CE. Considera que, a diferencia de otros casos resueltos por el TC, que afectaban a representantes expulsados de sus correspondientes formaciones políticas, exigiéndoseles desde las mismas el abandono del cargo para el que fueron elegidos, lo peculiar del presente caso estriba en que el concejal solicitó su baja voluntaria del partido e infringió sus estatutos, ya que disponen que “la baja como afiliado del partido para cualquier miembro con representación institucional conllevará la obligación por parte del afectado de cesar en el cargo político para el que resultó electo en representación del partido”.

El TC estima, sin embargo, que resultaría contrario al artículo 23.2 CE un acto de los poderes públicos que acordara el cese del concejal en su cargo público representativo con motivo de haber causado baja voluntariamente en el partido político demandante de amparo. Ello como consecuencia de que la vigente legislación no contempla tal eventualidad. Ya en la STC 10/1983, de 21 de febrero, el TC dijo que “los partidos políticos no son órganos del Estado, no siendo constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia, que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como poder público, la facultad de determinar por sí misma el cese del representante en las funciones que los electores le han conferido”. Por lo tanto, no cabe reconocer eficacia vinculante a la disposición estatutaria invocada pues supondría la vulneración, tanto del derecho de los ciudadanos representa-

VI. Organización Administrativa

dos, como del derecho de los representantes a no ser removidos de sus cargos, si no es por causa legal acorde con el artículo 23.2 CE.

E) Régimen de funcionamiento de las entidades locales

a) No existe dimisión sobrevenida a los efectos del artículo 197.3 LOREG cuando el Alcalde deja su puesto en cumplimiento de sentencia judicial

En la crónica del número anterior de esta Revista tuvimos oportunidad de comentar la STSJ de Castilla y León de 2 de junio de 2006. El mismo asunto vuelve a ser objeto de enjuiciamiento en la STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2006, Ar. 256760. El Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por cinco concejales y revoca la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Burgos de 5 de mayo de 2006, que anulaba la diligencia del Secretario-Interventor del Ayuntamiento de La Adrada (Ávila) por la que admitía la moción de censura presentada contra el Alcalde y fijaba fecha para votación.

La diligencia es ajustada a Derecho y no infringe el artículo 197.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Aunque los firmantes de la moción de censura, firmaron otra anterior, sin embargo ésta no se tramitó ni votó por carencia de sujeto al que iba dirigida por cumplimiento de sentencia judicial. Tampoco se infringe el artículo 197.3 del mismo cuerpo legal, por cuanto no estamos aquí en el caso de una dimisión sobrevenida, sino que nos encontramos ante el supuesto al que hace referencia la jurisprudencia cuando indica que se trata de una moción frustrada. No hubo pues moción de censura impeditiva de esta segunda.

El Tribunal afirma que “aquella moción a que se refiere la sentencia tuvo ‘presentación’, pues se firmó y presentó a Registro, pero dicha presentación quedó nula y sin efecto alguno, pues no hubo tramitación y mucho menos votación. Existe moción si existe alcalde, luego si no existe alcalde, no puede existir moción, salvo que de forma excepcional se cumpla lo dispuesto en el artículo 197.3, es decir, existe una dimisión sobrevenida, pese a lo cual, no se suspenden la tramitación y votación de la moción”.

b) El artículo 197 bis LOREG no permite la aprobación definitiva del presupuesto municipal sin el trámite de información pública

La STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2006, Ar. 293052, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander de fecha 13 de febrero de 2006.

El Alcalde de Santa Cruz de Bezana había considerado definitivamente aprobado el presupuesto municipal por haber transcurrido el plazo de un mes desde que se votó el rechazo de la cuestión de confianza previsto en el artículo 197 bis LOREG sin que se hubiese presentado una moción de censura. Sin embargo, en este artículo no se está regulando un trámite excepcional de aprobación del presupuesto municipal sino tan sólo un medio de

desbloquear una votación. En consecuencia, es necesario el debate previo para llegar a la aprobación provisional que prevé el artículo 168 del RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. Por ello, cuando la aprobación del presupuesto no se obtiene en el Pleno, cabrá activar la fórmula de desbloqueo comentada, pero a continuación será necesario continuar con el trámite previsto en el artículo 169 del citado Texto, exponiéndose necesariamente al público a fin de que los interesados puedan examinarlos y presentar las reclamaciones pertinentes. No tendría sentido que la participación ciudadana se suprimiera sólo por el hecho de que no exista una mayoría suficiente para la aprobación en el Pleno del Ayuntamiento.

Como ha recordado la STC 119/1995, de 17 de julio, las formas de participación, una vez establecidas, no son disponibles para los poderes públicos, pudiendo incluso viciarse de nulidad las disposiciones adoptadas con infracción de las mismas. “Los trámites de audiencia y de información pública (artículo 105 CE) permiten recoger una gama suficientemente extensa de opiniones, pareceres y datos, para que las Administraciones territoriales puedan ejercer sus competencias con criterios de acierto y oportunidad” (STC 107/1996, de 12 de junio). De ahí que se califique por el Tribunal Supremo de “trámite ineludible”.

Por ello, la Sala acuerda la nulidad del acto impugnado, ya que no puede considerarse aprobado definitivamente el presupuesto municipal sin abrir el trámite de exposición pública.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) El título de ingeniero industrial es válido para instalar infraestructuras de telecomunicaciones

La SAN de 17 de noviembre de 2006, Ar. 284464, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información, que rechazó admitir a trámite una solicitud de clasificación como empresa instaladora de infraestructuras de telecomunicaciones, por cuanto consideraba que el título de Ingeniero Industrial no era titulación válida para que una empresa acredite la capacidad técnica suficiente para lograr el registro como instaladora de infraestructuras de telecomunicaciones en edificios de viviendas, en concreto, para la realización de los “Proyectos de Infraestructura comunitaria de telecomunicaciones”.

El recurso se funda en que los Ingenieros Industriales están capacitados para intervenir en los proyectos de infraestructuras de telecomunicaciones, y por lo tanto, para asesorar a las empresas instaladoras.

Según la AN no se trata de un tema de equivalencias de títulos, sino de atribución o competencia profesional, siendo el quid de la cuestión determinar si en función de la normativa de aplicación al caso, los Ingenieros Industriales tienen competencia profesional en

VI. Organización Administrativa

la materia que nos ocupa. Ya en este punto, es de recordar que el Decreto que fija de una manera precisa las atribuciones profesionales inherentes al título de Ingeniero Industrial, establece que dicho título confiere a sus poseedores “capacidad plena en comunicaciones a distancia y, en general, cuanto comprende el campo de telecomunicación, incluidas las aplicaciones a industrias acústicas, ópticas y radioeléctricas”.

Por otra parte, y conforme escrito de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, se viene admitiendo la titulación de Ingeniero Industrial como válida para formalizar la inscripción de una empresa en el Registro de Empresas Instaladoras de Telecomunicación y, en concreto, respecto a la solicitud formulada en su día por la empresa recurrente cuya petición inicial constituye el origen del presente recurso, la misma se encuentra inscrita en el Registro de Empresas Instaladoras de Telecomunicación al considerar que contaba entre los miembros de su plantilla con personal que disponía de alguna de las titulaciones admitidas como válidas en ese momento.

B) El impago de cuotas de colegios profesionales no puede dar lugar a la baja en la profesión

La STSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2006, Ar. 293236, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General de los Ilustres Colegios de los Procuradores de España que adoptó el acuerdo de dar de baja en la profesión al recurrente por haber perdido la condición de mutualista en virtud del impago de cuotas.

El argumento principal en que se sustenta la demanda se refiere a la inobservancia de los trámites propios del procedimiento sancionador. Pero en estos casos, en realidad, de lo que se trata es del incumplimiento de la obligación de cumplir las cargas colegiales, entre las que está la de pagar las cuotas correspondientes, y entre ellas, la denominada cuota mutualista que tiene el carácter de carga obligatoria, por lo que estas resoluciones no son de carácter sancionador.

Sin embargo, la STC de 10 de febrero de 1988, siguiendo el criterio de otras precedentes, establece el presupuesto de que se intente el cobro mediante medidas previas proporcionales entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Este criterio sigue el nuevo Estatuto de los Procuradores, que establece que la condición de colegiado se perderá y dará lugar a la baja inmediata por la “falta de pago de las cuotas ordinarias o extraordinarias y de las demás cargas colegiales”; añadiendo que “no obstante, los colegiados podrán rehabilitar sus derechos pagando la cantidad adeudada más sus intereses al tipo legal y, en su caso, el importe de la sanción que se les imponga”.

La Sala considera que al declararse una situación de baja definitiva (así se infiere de la expresión “baja en la profesión” que se utiliza en el acuerdo impugnado) no se deja a salvo la posibilidad de la actora de regularizar la situación, lo que en cualquier caso ha de serle permitido si abona las cuotas adeudadas. Esta solución fue la adoptada por diversas sentencias en las que se señaló que la consecuencia en tales casos no puede ser la de la expulsión, establecidas para las faltas muy graves. Y en virtud de lo cual, estima el recurso contencioso-administrativo presentado.

7. CONSORCIOS. NATURALEZA JURÍDICA

La STS de 18 de septiembre de 2006, Ar. 7414, resuelve el recurso de casación interpuesto por la compañía Royal Insurance España, SA Cía de Seguros y Reaseguros, contra Sentencia de 4 de abril de 2002, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo del Consorcio del Gran Teatre del Liceu de 27 de julio de 1995, denegando la petición de la compañía, de ser indemnizada en la cantidad de 1.969.981.640 pesetas, en concepto de responsabilidad patrimonial, cantidad que solicitaba del citado Consorcio y de las Administraciones que lo integran. La compañía actuaba como subrogada en la posición de la Sociedad del Gran Teatro del Liceo, a quien había satisfecho tal cantidad como consecuencia del contrato de seguros, que le vinculaba con dicha entidad desde el 1 de julio de 1992 y que se hallaba vigente el 31 de enero de 1994, día en que tuvo lugar el incendio que destruyó el Gran Teatro del Liceo, algunas de cuyas consecuencias fueron cubiertas por la vigencia del referido contrato.

El artículo 15 de la póliza de seguro establecía que en caso de siniestro “una vez pagada la indemnización y sin que haya necesidad de ninguna otra cesión, traslado, título o mandato, el Asegurador queda subrogado en todos los derechos, recursos y acciones del Asegurado, contra todos los autores responsables del siniestro, y aun contra otros Aseguradores, si los hubiere, hasta el límite de la indemnización, siendo el Asegurado responsable de los perjuicios que con sus actos u omisiones pueda causar al Asegurador en su derecho a subrogarse. No podrá en cambio, el Asegurador ejercitar en perjuicio del Asegurado los derechos en que se haya subrogado. Salvo que la responsabilidad del siniestro provenga de un acto doloso, el Asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del Asegurado, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del mismo cónyuge, pariente en línea directa o colateral, dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el Asegurado”.

El motivo principal por el que esta compañía solicitaba indemnización, es que el incendio fue consecuencia de unos trabajos de soldadura en unas obras que se realizaban en el Liceo por una empresa que actuaba por cuenta del Consorcio. La compañía estimaba que al Consorcio demandado, en lo que respectaba al contrato de seguro y sus consecuencias, tenía la condición de tercero y no ostentaba la condición de asegurado al ser el contrato de seguro entre la compañía y la Sociedad del Gran Teatro del Liceo.

Sin embargo, el edificio del Gran Teatro del Liceo era propiedad de la entidad privada Sociedad del Gran Teatro del Liceo, la cual tenía cedido el uso del edificio para servicio público al Consorcio del Gran Teatro del Liceo, Consorcio que se creó mediante Decreto de 11 de diciembre de 1980 por un período de veinte años. En dicho Decreto, después de establecer que el Consorcio tendría personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, se recogían los Estatutos del Consorcio, de los que se desprende

VI. Organización Administrativa

que la Sociedad del Gran Teatro del Liceo desde el momento de su creación formó parte integrante del Consorcio del Gran Teatro del Liceo, junto con el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Catalunya, al que con posterioridad se unieron la Diputación de Barcelona y el Estado. El Consorcio asumió la explotación del Gran Teatro del Liceo, a los efectos previstos en el artículo 2 de los Estatutos, y para el cumplimiento de ello, la Sociedad del Gran Teatro del Liceo cedió al Consorcio el uso de todos los elementos, muebles e inmuebles de su propiedad, asumiendo el Consorcio la obligación de conservarlos y mantenerlos durante todo el tiempo de su duración.

La Compañía aseguradora firma la póliza de seguro el 1 de julio de 1992, cuando era sabido que la explotación del Teatro del Liceo la realizaba el Consorcio desde el año 1980, estableciendo los artículos 3 y 4 de los Estatutos contenidos en el Decreto de creación del Consorcio que la Sociedad del Gran Teatro del Liceo cedía al Consorcio el uso de los elementos de su propiedad, tanto el edificio, como elementos muebles, maquinaria y mobiliario, y que esa cesión se realizaba para el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 2 de los Estatutos tendentes a fomentar el arte musical y la cultura, mediante la realización principal de representaciones artísticas.

El TS en esta sentencia analiza la naturaleza jurídica de los consorcios, recordando que “los consorcios se configuran como órganos de relaciones interadministrativas de carácter voluntario para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes, con los de las Administraciones Públicas (artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y 61, 69 y 110 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) y se regirán por la legislación de régimen local, según su artículo 64, si bien gozarán de personalidad jurídica propia y sus estatutos determinarán sus fines, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero, según se dispone en el artículo 110.c). El precepto en el que se marcan los elementos esenciales del régimen legal de los consorcios es el enunciado en el artículo 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, en uno de cuyos apartados se establece que ‘los estatutos de los consorcios determinarán las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero’ de los mismos, lo que acredita que en atención a su carácter de entidades constituidas para atender a fines concretos y determinados, que tienen la nota de ser también competencia común de otras entidades, aunque en todo caso una de ellas debe ser una Administración Pública, el legislador no ha sometido rígidamente su organización a los tipos legalmente preestablecidos, sino que teniendo en cuenta la gran variedad de posibles fines y partícipes en los consorcios y su consiguiente mayor o menor complejidad, la ha flexibilizado, encomendando a sus estatutos la adopción de la que considere más idónea a las necesidades de su buen funcionamiento.”

Del contenido de la póliza de seguros y de los Estatutos del Consorcio del Gran Teatro del Liceo, se desprende, según la opinión del Tribunal, que la compañía únicamente podía haberse subrogado en los derechos que hubieran incumbido a la asegurada, en relación a

quien tuviera el carácter de tercero, y ese carácter en modo alguno puede predicarse del Consorcio, tal y como certeramente razona la sentencia de instancia.

PEDRO A. MARTÍN PÉREZ

JESÚS DEL OLMO ALONSO

VANESA RODRÍGUEZ AYALA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

- 1. Concepto de sanción.** A) Improcedencia de extender el concepto de sanción, con la finalidad de aplicar las garantías constitucionales propias de este ámbito, a medidas restrictivas de derechos no punitivas. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Concepto de infracción. Elementos.** **3. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) Crítica a la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración de la reserva de ley, de los preceptos sancionadores de los reglamentos de las Denominaciones de Origen. B) La garantía de la predeterminación normativa: contenido. C) Conceptos jurídicos indeterminados que precisan una necesaria concreción reglamentaria. D) Aplicación extensiva del tipo.
- 4. Antijuridicidad. Elemento necesario de la infracción.** A) 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.** A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas. Non bis in idem.** A) Concurso de normas disciplinarias. B) Concurso de normas disciplinarias: se admite que se sancione por el tipo genérico a pesar de existir uno especial.
- 7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo. B) La falta de audiencia en el procedimiento disciplinario militar oral vulnera el derecho a ser informado de la acusación. C) Derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar oral. D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia. E) La medida provisional ha de fundamentarse en indicios racionales de sancionabilidad. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) La denegación genérica de pruebas relevantes lesiona el derecho a la prueba. B) Titulares del derecho a la presunción de inocencia. C) La falta de prueba de cargo que fundamente la imposición de la sanción lesiona el derecho a la presunción de inocencia. D) Contenido de la carga de la prueba: hechos constitutivos de la infracción y la culpabilidad. E) Garantía de inmediación en la práctica de prueba: diversas posturas jurisprudenciales. F) La presunción de inocencia impone que la libre valoración de las pruebas sea racional y razonada. G) Prueba ilícita. **9. La resolución del procedimiento sancionador.**

A) Una prolija enumeración de tipos en los que cabría subsumir la conducta infractora no genera indefensión. B) La ausencia de motivación y la desatención a las peculiaridades del caso generan indefensión. **10. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) *Dies a quo* en el procedimiento sancionador para la represión del dopaje. B) *Dies a quo* en el procedimiento sancionador por infracciones en el orden social. C) Existe en los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados. D) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. **12. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) El Tribunal acuerda la sanción correspondiente con arreglo al nuevo régimen sancionador al aplicar el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable. B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción. C) Se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones al momento en que se generó indefensión en el procedimiento administrativo sancionador. D) Consecuencias del control contencioso-administrativo sobre el plazo de prescripción de la infracción. E) Devolución de un recargo tributario de carácter sancionador por inconstitucionalidad de la Ley que lo estableció, a pesar de haber devenido firme.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Imprudencia de extender el concepto de sanción, con la finalidad de aplicar las garantías constitucionales propias de este ámbito, a medidas restrictivas de derechos no punitivas

Al respecto, la STC 331/2006, de 20 de noviembre (recurso de amparo) afirma que “en distintas ocasiones hemos advertido sobre la impropiedad de extender indebidamente el concepto de sanción, con la finalidad de obtener la aplicación a las garantías constitucionales propias de este campo, a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado”. Y añade: “los postulados del artículo 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo, siendo impropio su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador (STC 164/1995)”.

B) Actos que no constituyen sanción

– El mecanismo de compensación previsto en el artículo 68 LGT de 1963, pues su finalidad es la extinción de deudas tributarias y no la imposición de una sanción [STC 331/2006,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de 20 de noviembre (recurso de amparo)]. Además, la Sala añade que “una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción no se pueda imponer una sanción pecuniaria a quien no aparece como responsable de ella, y otra muy distinta, como acontece en este caso, que no se pueda proceder al cobro de la misma con bienes que, a pesar de ser objeto de administración concursal, pertenecen al sujeto infractor”.

– La obligación de restituir las sumas económicas defraudadas por una farmacéutica al servicio catalán de salud. La STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2005, Ar. 555 de 2006, razona que “la anterior medida resarcitoria no constituye propiamente una medida sancionadora, sino una obligación aneja a la sanción con la que resulta compatible, dada su distinta naturaleza; y ello por cuanto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la comisión de un acto ilícito, conforme a la genérica responsabilidad por daños que contemplan los artículos 1089, 1903 y 1902 del Código Civil, no resulta excluido ni embebido por la sanción. Así, la jurisprudencia ha reconocido la procedencia de medidas reparatorias aun rechazando la imposición de sanciones, por responder a reglas y principios diferentes; admitiendo en ocasiones la reparación o restitución del daño causado con independencia de haber estimado la prescripción de la infracción, en atención a no participar esta obligación de una naturaleza estrictamente sancionadora y tener establecidos en determinados ámbitos normativos plazos especiales”. Sin embargo, en el supuesto de autos, la Sala acaba anulando estas medidas no tanto porque las infracciones hubieran prescrito sino porque se consideran que no se habían cometido.

– La obligación impuesta a un canal de televisión de destinar de manera adicional en los siguientes ejercicios económicos el déficit que en un concreto ejercicio se había apreciado en el cumplimiento de la obligación de asignar un determinado porcentaje de sus ingresos anuales a la financiación de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos (STS de 18 de julio de 2006, Sección Tercera, Ar. 4646).

2. CONCEPTO DE INFRACCIÓN. ELEMENTOS

Recogiendo una jurisprudencia bien conocida, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2006, Ar. 888, recuerda que “las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho”.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Crítica a la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración de la reserva de ley, de los preceptos sancionadores de los reglamentos de las Denominaciones de Origen

La SAN de 1 de junio de 2006, Sección Cuarta, Ar. 443, a pesar de seguir la vigente doctrina sobre la inconstitucionalidad de los preceptos sancionadores de los Reglamentos de

las Denominaciones de Origen que tienen su único precedente en una norma reglamentaria preconstitucional [vid. *Justicia Administrativa*, núm. 20, VII.3.A) y B)] y declarar, en consecuencia, la nulidad de varios artículos del Reglamento de la Denominación de Origen Jamón de Huelva y de concretas sanciones impuestas sobre su base, reproduce las críticas a dicha doctrina constitucional contenidas en la STS de 2 de julio de 2004 —que ya fue comentada en *Justicia Administrativa*, núm. 28, VII.3.F)—.

B) La garantía de la predeterminación normativa: contenido

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE comprende una doble garantía. Una, de alcance formal, relativa al rango necesario de las normas tipificadoras; y otra, de alcance material y absoluto, que se refiere a la exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Pues bien, algunas precisiones interesantes contiene la **STS de 12 de julio de 2006**, Sección Tercera, Ar. 4971, sobre esta última garantía. Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala afirma que esta garantía contiene un doble mandato. El primero es el de taxatividad, que se dirige al legislador y al poder reglamentario, y “según el cual han de configurarse las Leyes sancionadoras, llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. Y el segundo mandato, que se dirige a los aplicadores del Derecho, que es el de tipicidad, que “impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora”. Más aún, añade la sentencia, “como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa —por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje—, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del artículo 25.1 deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta razonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad”.

C) Conceptos jurídicos indeterminados que precisan una necesaria concreción reglamentaria

A “Gestevisión Telecinco, SA”, se le impuso una sanción de apercibimiento por infracción grave consistente en el incumplimiento de lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley 25/1994: “Para el cumplimiento de esta obligación (cuota de pantalla anual del 51%), deberán destinar como mínimo, cada año, el 5% de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, a la financiación de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europeas”. A juicio de la **STS de 18 de julio de 2006**, Sección Tercera, Ar. 4646, “el precepto, en sí mismo considerado, plantea serias dudas de interpretación que requieren una actividad ulterior reglamentaria que explique conceptos indeterminados tales como la misma idea de ‘financiación’, qué debe entenderse por ‘películas’ y ‘largometrajes’ (...). Es obvio que esta dificultad de interpretación,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

reconocida por la Administración, choca con los principios de seguridad y tipicidad, que se exige a las normas sancionadoras”. En consecuencia, la sentencia anula la sanción.

D) Aplicación extensiva del tipo

Un supuesto de una aplicación extensiva y, por tanto, prohibida del tipo, puede encontrarse en la STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2005, Ar. 555 de 2006. Inicialmente, se había sancionado a una farmacéutica por una falta leve consistente en el cambio del producto prescrito. En concreto, los hechos consistieron en que se dispensaron y facturaron 243 recetas, en las que no se especificaba el contenido del envase, número de unidades o clases de pañales, por los productos correspondientes al mayor número de unidades o a la clase más cara. Si bien la Administración ya había declarado la prescripción de la infracción, la Sala añade que no se había procedido al cambio del producto prescrito (hecho constitutivo de la acción típica), sino a dispensar los de mayor número y capacidad, lo que venía amparado por las propias recetas al no especificarse en ellas los indicados extremos. Por tanto, no es sólo que la infracción había prescrito sino que no había existido, con las consecuencias que de ello derivan a los efectos de otras responsabilidades.

4. ANTIJURIDICIDAD. ELEMENTO NECESARIO DE LA INFRACCIÓN

A) Ejercicio legítimo del derecho a una libertad de expresión reforzada cuando se vincula con el derecho de defensa

– La STC 388/2006, de 11 de diciembre, se ocupa, una vez más, del ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de abogados como causa de justificación que excluye la antijuridicidad de las declaraciones vertidas en el ejercicio de su actividad de defensa de sus clientes. En el supuesto de hecho, el Colegio de Abogados de Ferrol sancionó a uno de sus miembros por incluir en un escrito forense insinuaciones sobre la posible parcialidad del Decano del Colegio de Abogados y de la anterior abogada de oficio de su cliente. Dicha abogada, que mantenía, a juicio de su cliente una “relación familiar directa con personas estrechamente unidas a la parte actora”, había emitido informe en el sentido de considerar indefendible la causa de su cliente, sometiéndolo al dictamen del Colegio de Abogados, cuyo Decano era el abogado de la parte contraria.

La sentencia, citando doctrina constitucional anterior, recuerda que “el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una especial cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE”. Y añade que “para poder apreciar si las correcciones disciplinarias impuestas a los Abogados en el ejercicio de su función de defensa son acordes con el derecho a la libertad de expresión (...) debe atenderse a si las expresiones utilizadas resultaban justificadas por las exigencias del ejercicio del derecho de defensa”. Y a este respecto estima que “además del carácter descriptivo de los datos de hecho acabados de mencionar, es lo cierto que el referido texto no contiene ninguna expresión que, por lo menos de manera directa,

resulte objetivamente ofensiva e injuriosa para los Letrados compañeros del ahora recurrente”. En consecuencia, declara la vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el ejercicio del derecho a la defensa por la sanción disciplinaria impuesta.

– En sentido similar, se expresa la **STS de 7 de abril de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4772, en un supuesto de sanción disciplinaria impuesta a un guardia civil por las expresiones contrarias al respeto y la lealtad que incluyó en un parte de quejas sobre su superior. La sentencia estima que algunas de las expresiones utilizadas por el guardia civil (que atribuyen al superior una actitud “violentísima”, “desafiante y avasalladora”, “autoritaria” y “con un orgullo desbordante, falto de respeto y despreciativo”, imputándole una conducta “degradante, humillante y vejatoria”, “arbitraria y sin ningún sentido de la justicia” y afirmando que “no es la primera vez que me veja y humilla tratándome peor que a un animal”), “han de ser objetivamente tachadas de desconsideradas e innecesarias y que conculcan el buen modo y el respeto al superior”. Sin embargo, y siguiendo la doctrina constitucional conforme a la cual “la libertad de expresión se ve especialmente reforzada cuando su ejercicio se imbrica o vincula directamente al ejercicio de un derecho fundamental, como es el derecho de defensa”, la sentencia considera que las anteriores expresiones “quedan incardinadas en el deseo de sustentar sus quejas en el parte y la denuncia que formula, ante una situación que entiende como injusta y perjudicial”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber

– La compañía ACS adquirió el 23,5% del capital social de la empresa Dragados, antes de su notificación a las autoridades de Defensa de la Competencia y, por tanto, antes de que la Administración lo autorizara. La **STS de 12 de julio de 2006**, Sección Tercera, Ar. 4971, confirma el respeto al principio de culpabilidad dado el “evidente conocimiento (de la empresa sancionada) de los presupuestos jurídicos a que están sometidas las operaciones de concentraciones económicas” y, por tanto, “no poder deducir que la empresa sancionada ignorase las consecuencias que habrían de seguirse de la realización de la ejecución de la operación de concentración previamente a haber obtenido la preceptiva autorización de la Administración”.

– La entidad “Emdipa, SL”, perteneciente al gremio de transportistas por carretera, fue sancionada como autora de una infracción grave de la Ley Reguladora del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, consistente en realizar servicios postales de hasta 20 kg de peso sin haber obtenido el correspondiente título habilitante. Al respecto, la **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2006**, Ar. 421, destaca que “había una norma vigente que, con la más elemental de las cautelas y precauciones la parte demandante debía conocer y, si no fuera así, el desconocimiento se habría debido a ejercer una actividad sin tener los conocimientos adecuados para ello, pues las normas aplicadas habían sido publicadas en la forma exigida por nuestras Leyes. Nunca el desconocimiento de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

algo que, como vemos, era obvio que debía ser conocido por la parte recurrente puede imputarse a la Administración”.

– En sentido similar se expresa la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2006**, Ar. 888, respecto a la sanción tributaria impuesta a la empresa encargada de explotar el yacimiento petrolífero de Pozo de Ayoluengo (Burgos) por no haber presentado las oportunas liquidaciones del Impuesto Especial de Hidrocarburos. Alegada por la sancionada la ausencia del elemento culpabilístico por concurrir una interpretación de la norma que le llevaba a la creencia de que no era abonable el impuesto especial, la sentencia determina que “en el actuar de la actora existe una responsabilidad culposa por cuanto no puede alegar desconocer sus obligaciones para con la Administración por tratarse de una empresa dedicada a la actividad que ha dado origen al devengo del impuesto”. A juicio de la sentencia, “en materia de culpabilidad concurren unos factores o principios, como la personalidad del sujeto activo, la actividad a la que se dedica, la experiencia, etc., que influyen notablemente a la hora de realizar una determinada conducta. Y son esos principios los que impiden dar crédito al argumento de la actora ya que se trata de una entidad cualitativamente importante, dedicada a la exploración y explotación de hidrocarburos, por lo que esa aparente creencia de no devengarse el impuesto no es más que una estrategia para retardar su abono”.

– El titular del matadero “Industrias Cárnicas Roal” fue sancionado como autor, a título de negligencia, de una infracción muy grave en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles, consistente en “el incumplimiento de la obligación de extracción, teñido o marcaje de todos los materiales especificados de cada animal”. Los hechos sancionados consistieron en el envío de varias piezas de vacuno a puntos de venta al consumidor sin haberles sido extraída la columna vertebral, estando dicha extracción prescrita por Orden de 26 de julio de 2001. Alegada la falta de elemento culpabilístico suficiente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de mayo de 2006**, Ar. 522, niega que se haya producido vulneración alguna del principio de culpabilidad al concurrir, al menos, negligencia “en la que, sin duda, incurre quien siendo profesional no cumple las obligaciones que se establecen legalmente y cuyo cumplimiento resulta imprescindible para el control de una enfermedad como la encefalopatía espongiforme transmisible que puede tener en la cabaña ganadera y, eventualmente, en la salud de los consumidores una grave repercusión”.

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS. NON BIS IN IDEM

A) Concurso de normas disciplinarias

Un guardia civil es sancionado con diez y tres días de arresto por dos faltas leves: por un lado, falta de respeto a un superior (en concreto, porque, al negarse a cumplir una orden, contestó en los siguientes términos: “no tienes facultades para ordenarme nada a mí, yo no me muevo de aquí hasta que me lo ordene el Alférez”); y por otro, negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales. Para la **STS de 16 de junio de 2006**,

Sala de lo Militar, Ar. 4016, “nos encontramos en presencia de una acción consistente en negarse a dar cumplimiento a una orden de forma desatenta (negarse a ir a mirar una embarcación cuyos motores parecían no funcionar y ponerla en marcha para que otros realizaran un servicio), por lo que el reproche disciplinario debe ser único, ya que de lo contrario se infringiría el principio *non bis in idem* y con él, el principio de legalidad. Se trata, en suma, de un solo hecho susceptible de ser calificado con arreglo a varios preceptos disciplinarios de los cuales uno solo es aplicable, pero no de una especie de concurso ideal, y menos de un concurso real de infracciones”. Bien es cierto que la Sala también podía haber apreciado la existencia de un concurso de infracciones.

B) Concurso de normas disciplinarias: se admite que se sancione por el tipo genérico a pesar de existir uno especial

Un guardia civil es sancionado por incumplir negligentemente sus obligaciones profesionales, en concreto, por no ejecutar una orden de comparecencia en su unidad de destino. La STS de 17 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5240, declara que “la autoridad sancionadora pudo decantarse por otra alternativa disciplinaria, igualmente respetuosa con la legalidad sancionadora, (...) como sucede con la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas”. Sin embargo, a pesar de que ésta segunda conducta resultaba la más adecuada al caso por constituir un tipo especial declara la sanción ajustada a Derecho.

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo

– Al imputado inminente en la información previa

Un militar es sancionado con un mes de arresto por falta grave consistente en asistir haciendo uso de la condición de militar a una reunión pública de carácter político, en concreto, por asistir a un funeral por Franco en el Valle de los Caídos, hacer guardia en posición de firmes al lado de la tumba y realizar cánticos con el brazo en alto como el “Cara al Sol”. Alega que se le ha sancionado en virtud de la declaración que prestó en la información previa sin haber sido informado previamente de su derecho a guardar silencio. En concreto, porque como actuación preliminar se tomó declaración al capitán que previamente le había interrogado a él con preguntas sobre los hechos por los que finalmente resultó inculcado. Al respecto, la STS de 9 de junio de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4019, dice que “si se dispone de datos suficientes para incoar el expediente, la información reservada no deberá ser practicada, por ser innecesaria y porque los derechos fundamentales de defensa del artículo 24.2 de la CE exigen que no se retrase el otorgamiento de la condición de imputado o expedientado, evitándose así el riesgo de utilizar el retraso para realizar interrogatorios en los que el interrogado se encontraría en una situación desventajosa”. En el caso, el mando acordó practicarla. “Pues bien, –continúa la sentencia– como (...) las preguntas que se le hacían se referían a hechos por los que podía ser inculcado, (...), (el capitán) (...) que preguntaba debió informarle de su derecho

VII. Derecho Administrativo Sancionador

a guardar silencio y a no declarar en contra de sí mismo, (...) pues, (...), lo que se pide al interrogado ya no es una información sobre un asunto del servicio sino datos por los que puede ser incriminado. El recurrente sólo podía ser interrogado previa información de sus derechos (...). En consecuencia, al no haber sido informado de ellos, la declaración del capitán (...) carece de validez probatoria en la parte que cuenta las contestaciones que el recurrente dio a sus preguntas”.

– Al expedientado en el procedimiento disciplinario militar oral

El Teniente General Mena es sancionado con ocho días de arresto por falta leve consistente en expresar públicamente opiniones que infringen el deber de neutralidad de los militares con relación a las diversas opciones políticas, en concreto, porque en un discurso que leyó con ocasión de la Pascua Militar se posicionó públicamente contra los contenidos del Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que habían desatado, en su opinión, la preocupación de los militares por la unidad de España. Alega que se ha lesionado su derecho a guardar silencio porque en la audiencia del procedimiento disciplinario verbal que se tramitó en su contra no se le instruyó acerca del mismo. Según la **STS de 17 de julio de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4494, “la instrucción del derecho de que se trata (...) resulta de obligada observancia por el mando con potestad sancionadora, para conjurar el riesgo no descartable de que el supuesto infractor se considere obligado a contestar siempre al superior, en un erróneo entendimiento del deber de subordinación que forma parte del estatuto militar. El recurrente no fue instruido de su derecho y manifestó lo que a bien tuvo, sin acogerse tampoco a la posibilidad de guardar silencio. De su declaración forma parte el reconocimiento de los hechos, es decir, que leyó el texto del discurso preparado por él mismo; la aceptación de la sanción que se le impusiera y el comentario añadido sobre ‘que comprende que el Ministro lo sancione como él mismo haría con un subordinado que actuase en la forma que él lo ha hecho’ (...). Convenimos con el recurrente en la lesión sufrida en el derecho fundamental que se invoca, pero no en las consecuencias que pretende extraer sobre anulación de la audiencia y de la resolución sancionadora. La infracción del derecho a ser informado a guardar silencio no produce el efecto de anular la audiencia en su conjunto sino su contenido, de manera que deberá excluirse de la misma lo dicho por el alegante al menos en lo que sea susceptible de causarle perjuicio, subsistiendo la realidad de dicho acto y la posible valoración disciplinaria del texto que se leyó públicamente”.

La consecuencia que se sigue de la violación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo en ambas sentencias es la prohibición de valorar la declaración autoincriminatoria del sancionado obtenida con lesión del mencionado derecho. Sin embargo, en ambos casos, al existir otras pruebas de cargo válidas e independientes de la ilícita se mantiene la sanción impuesta.

B) La falta de audiencia en el procedimiento disciplinario militar oral vulnera el derecho a ser informado de la acusación

A un guardia civil se le impone sanción de reprensión por infracción leve en un procedimiento verbal en el que ni siquiera se le informa de los cargos imputados ni se le da audiencia. La **STS de 23 de mayo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4026, dice que “entre las garantías

del proceso aplicable al procedimiento administrativo sancionador se encuentra el derecho a ser informado de la acusación ‘que constituye el primer elemento del derecho de defensa en el ámbito sancionador, que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe de qué hechos se le acusa en concreto (...)’. Pese a la sencillez de su contenido y trámites a cumplir, en el procedimiento por faltas leves (...) el derecho a ser informado de la acusación exige, (...), que se ponga de manifiesto al expedientado los hechos imputados de manera que éste objetivamente pueda ser consciente de tal imputación (...). Incumplido el trámite de audiencia exigido en el tan referido artículo 38 de la Ley Disciplinaria, (...) y afectándose el derecho constitucional de defensa, (...) nos ha de llevar a estimar el presente motivo y declarar la nulidad de la resolución sancionadora”.

En un supuesto muy parecido, la **STS de 19 de junio de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4014, llega a la misma conclusión y añade que la equiparación del oficio mediante el que se solicita al imputado información sobre una serie de extremos relativos al servicio al trámite de audiencia “no se ajusta a Derecho, pues dicho oficio no deja de ser una información interna a efectos de averiguar lo ocurrido, como paso previo a incoar, en su caso, el oportuno expediente disciplinario (...). En el oficio (...) no se imputó al recurrente cargo alguno, ni se le comunicó la apertura del expediente (...)”.

C) Derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar oral

A la alegación del recurrente de que se ha vulnerado su derecho a la asistencia letrada por no haber sido informado de que disponía del mismo, la **STS de 17 de julio de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4494 (caso del Teniente General Mena), afirma que “tal derecho no se inscribe dentro del breve y sumario procedimiento oral, ni tampoco se excluye su ejercicio en términos que resulten compatibles con la finalidad que le sirve de fundamento (...). Es preciso valorar en cada caso si el modo en que el demandante pretenda contar con asistencia letrada resulta incompatible con la finalidad del procedimiento de que se trata (...). En el presente caso no medió instrucción –que no está prevista–, ni la intervención Letrada resultaba preceptiva, ni tampoco el recurrente se hizo acompañar de profesional de la Abogacía que le asistiera en el acto (de audiencia), ni solicitó disponer de asesoramiento pidiendo la suspensión del mismo por breve espacio de tiempo para no frustrar la rápida decisión que el caso requería. Por lo demás, (...) en los recursos de reposición y en éste de naturaleza jurisdiccional a través de Letrado ha tenido la oportunidad de defenderse sin restricción alguna”.

D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia

– La **STS de 30 de noviembre de 2005**, Sección Séptima, Ar. 4153 de 2006, tras reiterar la jurisprudencia existente sobre la posibilidad de exigir la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados, niega la legitimación del denunciante pues “la petición de la parte actora es que se inicie procedimiento sancionador y se imponga la correspondiente sanción (...). El éxito de esa petición no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica de la parte actora (...). Debe subrayarse que el interés determinante

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de la legitimación de un denunciante se concreta en que el CGPJ 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 virtud de esta jurisprudencia, la **STS de 31 de marzo de 2006**, Sección séptima, Ar. 5028, admite la legitimación del denunciante pues lo que pedía era “que se investigaran los hechos” y “eso no equivale a instar una sanción para el juez denunciado”. Más aún, añade que aunque se habla de sanciones, “lo hace en términos hipotéticos o condicionales”, pues se refiere a “las que procedan”.

– La **STS de 20 de junio de 2006**, Sección Tercera, Ar. 4634, asume el razonamiento de la sentencia de instancia que anula la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia por archivar una denuncia interpuesta por AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) sobre una posible conducta contraria a la libre competencia de la Caja de Ahorros de Madrid y acuerda, a instancia de AUSBANC (a quien reconoce legitimación activa para solicitar que se investiguen los hechos y se determinen las posibles responsabilidades), que el TDC proceda a la incoación del oportuno procedimiento sancionador:

“no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercute, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados, lo que permite deducir la legitimación activa de AUSBANC en este proceso en que las pretensiones deducidas tienen una incidencia relevante en la protección de los derechos de los clientes y usuarios de las Entidades de Crédito y de las Compañías aseguradoras”.

E) La medida provisional ha de fundamentarse en indicios racionales de sancionabilidad

En un procedimiento sancionador contra el “Real Burgos Club de Fútbol, SAL”, por infracción muy grave de incumplimiento de obligaciones económicas vencidas –que puede sancionarse con el descenso de categoría cuando ese incumplimiento sea especialmente grave–, se impone la medida provisional consistente en el descenso de categoría a causa de las deudas que tenía pendientes con sus jugadores (254.209.689 pesetas). La **STS de 8 de mayo de 2006**, Sección Séptima, Ar. 3699, considera que esa medida se ajusta a Derecho pues “a la hora de (...) adoptar una medida de esa naturaleza bastaba con (...) indicios suficientes de la existencia de la infracción” y los indicios de que se estaba ante un incumplimiento grave de esas obligaciones económicas resultaban “tanto de las cantidades debidas como del número de futbolistas afectados”.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La denegación genérica de pruebas relevantes lesiona el derecho a la prueba

– Un guardia civil es sancionado, en virtud del parte del mando sancionador, con la pérdida de un día de haberes por faltar el respeto a su superior. El sancionado alega que se ha

lesionado su derecho a la prueba pues todas las que propuso (en sede judicial) con la intención de desvirtuar la validez probatoria del parte, en concreto, de demostrar la existencia de previa animadversión del mando sancionador, fueron denegadas por impertinentes. Al respecto, la **STS de 21 de junio de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 3740, tras recordar la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la prueba, dice que “no puede calificarse de irrelevante que pueda existir una previa animadversión del sancionador hacia el sancionado, pues, en definitiva, que el Ordenamiento Jurídico atribuya al propio ofendido la competencia para sancionar al ofensor se sustente en la presunción *ius tantum* de que la potestad sancionadora se ejercitará sin sombra de irregularidad o desviación de poder (...). La denegación *in genere* de las mismas (de todas las pruebas propuestas) vulneró el derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la CE), provocando con ello la indefensión proscrita por la Constitución”.

– No es eso lo que ocurre, sin embargo, en el supuesto enjuiciado por la **STS de 7 de abril de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4772. Un guardia civil había sido sancionado por el contenido ofensivo de las expresiones vertidas en un parte militar que redactó denunciando unos hechos –maltrato de palabra– cometidos por su Alférez. La Sala declara que las pruebas rechazadas por el instructor (que se formularon varias preguntas a dos testigos) sólo pretendían “constatar impresiones personales de los testigos sobre estados de ánimo o situaciones personales del denunciado, del sancionado o de terceros, o sobre hechos que les son ajenos a los testigos o que ya se encuentran acreditados en las actuaciones o, en fin, sobre hechos que son irrelevantes respecto de las manifestaciones efectuadas en su escrito”.

B) Titulares del derecho a la presunción de inocencia

La **STS de 13 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 5330, reitera que la presunción de inocencia “constituye un derecho fundamental del que son titulares los sujetos pasivos del procedimiento sancionador mediante el que se confiere a los mismos el derecho a ser tenidos por inocentes mientras no quede demostrada su culpabilidad”.

C) La falta de prueba de cargo que fundamente la imposición de la sanción lesiona el derecho a la presunción de inocencia

Se impone a un preso una sanción de diez días de aislamiento en celda por instigar un plante de presos en la prisión. El instructor formula su propuesta de resolución en la que hace constar que “si bien no existen pruebas fehacientes de su participación como instigador en los hechos (...), sí consta su participación en el mismo, la cual queda probada”. En la resolución, sin embargo, se afirma que “el día 22 de marzo de 2004, Usted y otros internos de su módulo incitan al resto de internos para no subir a las celdas a las 14 horas”. El preso alega en amparo la lesión de su presunción de inocencia por ser sancionado sin prueba que acredite la realización de los hechos. Al respecto, la **STC 346/2006, de 11 de diciembre** (recurso de amparo, Sala Primera), concluye que “la comisión disciplinaria no sanciona al recurrente por participar en el plante, como proponía el Instructor del expediente, sino por instigación al plante, como constaba en el pliego de cargos inicial, sin

VII. Derecho Administrativo Sancionador

ofrecer explicación alguna acerca del fundamento probatorio que sustenta tal conclusión y sin que se haya practicado durante la tramitación del expediente disciplinario ninguna prueba que permitiera considerar acreditado que el recurrente instigó al plante, que es la concreta conducta por la que se le sanciona, por lo que no podemos sino concluir que la sanción disciplinaria impuesta vulneró el derecho del recurrente a la presunción de inocencia”. En consecuencia, se declara nula la sanción impuesta.

D) Contenido de la carga de la prueba: hechos constitutivos de la infracción y la culpabilidad

La STS de 20 de marzo de 2006, Sección Segunda, Ar. 5642, dice que “el derecho a la presunción de inocencia proyecta sus exigencias y garantías al Derecho administrativo sancionador y, por ende, corresponde a la Administración que ejercita la potestad sancionadora la carga de acreditar los hechos sancionados y la culpabilidad integrantes de la infracción que sanciona”. En términos similares, la STS de 13 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5330, dice que este derecho impone “a la Administración sancionadora la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad del presunto infractor”. Igualmente, las SSTSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2005, Ar. 438 de 2006, y de 3 de abril de 2006, Ar. 427.

E) Garantía de inmediación en la práctica de prueba: diversas posturas jurisprudenciales

Según la STS de 9 de junio de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4019, los testimonios han de prestarse ante el instructor pues, en caso contrario, carecen de fuerza probatoria: “(no) pueden ser valoradas las manifestaciones (...), vertidas por escrito, bien en un informe, bien en una autodenominada declaración escrita, pues al no haber sido hechas ante el instructor, ni fueron prestadas bajo juramento o promesa de decir verdad, ni su fiabilidad pudo ser apreciada”. Sin embargo, la STS de 13 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5330, relaja sobremanera la exigencia de esta garantía al afirmar que el principio de inmediación, “básico en la Jurisdicción Penal, se diluye en el ámbito que nos ocupa, toda vez que a la postre, es un órgano distinto al Instructor, a quien corresponde la capacidad sancionadora, de ahí que dicho principio no tenga la intensidad que en el ámbito penal, hasta el punto de que algún autor niega la vigencia de este principio en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores”.

F) La presunción de inocencia impone que la libre valoración de las pruebas sea racional y razonada

Para la STS de 30 de mayo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4559, “cuando la valoración hecha (de las pruebas) fuera ilógica o arbitraria o cuando no mediara razonamiento alguno entre el resultado de las pruebas practicadas y los hechos que se deducen de las mismas, nos encontraríamos ante la vulneración del derecho a la presunción de inocencia”. En la STS de 13 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5330, que repite esta jurisprudencia, se había sancionado a un militar por una falta de subordinación con amenaza, en concreto, porque le dijo al superior que “si tenía huevos o cojones se lo dijera en otro sitio o en la calle”. La Sala declara que las pruebas se han valorado de forma ilógica, con unos criterios alejados de la experiencia “porque el único testigo presencial de los hechos niega haber oído expresiones amenazantes o desafiantes por parte del expedientado” y “los dos únicos testigos que

así lo afirman difícilmente podían haber oído tales expresiones (por la sencilla razón de que se encontraban alejados del lugar de los hechos, como se acredita por el croquis levantado y así lo corroboran las demás personas que testificaron que afirmaron no haber oído nada a pesar de estar más cerca del lugar en que ocurrieron los hechos)". En consecuencia, declara lesionada la presunción de inocencia y anula la sanción impuesta.

G) Prueba ilícita

La **STC 346/2006, de 11 de diciembre** (recurso de amparo, Sala Primera), recuerda con carácter general que la presunción de inocencia conlleva que "no pu(eda) imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita (...), con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales". Por su parte, la **STS de 20 de junio de 2006**, Sección Tercera, Ar. 3541, resuelve un caso sobre sanción impuesta a una empresa que, junto con otras cuarenta y ocho, es sancionada por haberse concertado para fijar el precio de la leche en las compras realizadas a los ganaderos. La recurrente en esta ocasión (Danone, SA) alega que se ha lesionado su presunción de inocencia pues la resolución sancionadora se ha basado en una prueba ilícitamente obtenida. Al respecto, la sentencia recuerda que, según la doctrina del TC, si la sanción se fundamenta en otras pruebas de cargo válidas, esto es, independientes o desvinculadas de la ilícita, la presunción de inocencia no resulta lesionada. A partir de esta doctrina, la sentencia declara que "ni la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (...) ni la incoación del expediente (...) resultan 'contaminadas' por la aportación con el escrito de denuncia presentado por la Unión de Pequeños Agricultores de un documento que se tacha de ilegal", porque la resolución sancionadora no se basó en dicha prueba sino en otras de cargo independientes y lícitamente obtenidas ("numerosas facturas expedidas por dicha empresa, que acreditan la coincidencia plena en la fijación de los precios"). En el mismo sentido, **SSTS de 21 de febrero de 2006** (siete), Sección Tercera, Ar. 792, 793, 794, 795, 895, 896 y 897, que resuelven de forma idéntica los recursos de casación interpuestos por otras de las cuarenta y ocho empresas sancionadas [vid., también, en el número 33 de esta Revista la crónica VII.8.F)].

Vid., sobre la obtención de pruebas con lesión del derecho a no declarar contra sí mismo, las **SSTS de 9 de junio y de 17 de julio de 2006**, ambas de la Sala de lo Militar, Ar. 4019 y 4494, en el apartado 7.A) de esta crónica, que resuelven dos supuestos en los que el sancionado alega que prestó declaración sin ser informado de que disfrutaba del derecho a guardar silencio con lo que la información perjudicial suministrada lesiona su derecho a la presunción de inocencia.

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Una prolija enumeración de tipos en los que cabría subsumir la conducta infractora no genera indefensión

El titular del matadero "Industrias Cárnicas Roal" fue sancionado con multa de sesenta mil euros como autor de una infracción muy grave en materia sanitaria y, en concreto, por

VII. Derecho Administrativo Sancionador

el envío de varias piezas de vacuno a puntos de venta al consumidor sin haberles practicado la preceptiva extracción de la columna vertebral. La resolución sancionadora realiza una profusa enumeración de los preceptos en los que dicha conducta puede entenderse tipificada (Ley General de Sanidad; RD 1945/1983, por el que se regulan infracciones y sanciones en materia de Defensa del Consumidor y de la producción agroalimentaria; RD 147/1993, sobre condiciones sanitarias de producción y comercialización de carnes frescas; Ley 11/1998 para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León, y Ley 26/2001 por la que se establece el sistema de infracciones y sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles, por la que finalmente se sanciona). La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de mayo de 2006, Ar. 522, reconoce que “esa exhaustiva cita de preceptos en los que podría encajar la conducta sancionada constituye una práctica administrativa en la que el efecto que produce –cierta confusión sobre la norma que tipifica la conducta sancionada– devalúa el fin que pretende –justificar con mayor intensidad la legalidad de la resolución sancionadora adoptada–, pero en este caso ello no justifica la ausencia de tipicidad, que denuncia la parte apelante, ni la falta de ajuste de los hechos a los preceptos que tipifican la infracción” y, finalmente, “el que se hiciera no ocasiona indefensión alguna a la parte recurrente”.

B) La ausencia de motivación y la desatención a las peculiaridades del caso generan indefensión

La resolución sancionadora se limitaba a decir que “no habiendo sido desvirtuados los hechos apreciados de forma objetiva, directa y personal por el Inspector actuante en la fecha de la visita, a los mismos le son de aplicación la presunción de certeza (...)”. La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de febrero de 2006, Ar. 423, la anula porque “en Derecho sancionador, los hechos no constituyen una infracción por el simple incumplimiento de preceptos, por obligado que resulte su cumplimiento. Por el contrario, la infracción existe cuando la conducta del agente se ajusta a una determinada previsión típica. Y en la resolución impugnada falta expresar el proceso intelectual que llevó a la Administración a encajar los incumplimientos que invoca en los tipos infractores aplicados (...)”. Además, “la resolución sancionadora se limita a imponer las multas que tuvo por conveniente, sin precisar, como en Derecho debía, las razones por las que las alegaciones de la recurrente carecen de virtualidad para provocar el efecto jurídico que con la formulación de las mismas perseguía, actuando en realidad como si dichas alegaciones no hubieren existido, impidiendo así a la demandante combatir tales hipotéticos argumentos (...)”.

10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) *Dies a quo* en el procedimiento sancionador para la represión del dopaje

Los artículos 8 y 9.1 del Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, sobre Régimen de Infracciones y Sanciones para la Represión del Dopaje disponen que una vez concluidas las actuaciones previas, el órgano competente debe iniciar el expediente disciplinario en materia deportiva en un plazo no superior a quince días contados a partir de la recepción en la Federación de la notificación del laboratorio de control antidopaje. Con esta base normativa, la STS de 3 de julio de 2006, Sección Séptima, Ar. 3756, sostiene que a efectos del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento (seis meses) debe tomarse como

día inicial no ya la fecha en que efectivamente fue incoado el expediente sancionador sino aquella en que debió haberse incoado (como máximo quince días después al día en que se remitió a la Federación los resultados de las actuaciones previas).

B) *Dies a quo* en el procedimiento sancionador por infracciones en el orden social

La STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006, Ar. 428, recuerda que la STS de 12 de noviembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de Ley, fijó como doctrina legal que “el cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento General para la imposición de sanciones por infracciones del orden social (...), aprobado por Real Decreto 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador”.

C) Existe en los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados

La STS de 21 de marzo de 2006, Sección Séptima, Ar. 5244, confirma el cambio de criterio jurisprudencial realizado por la STS de 27 de febrero de 2006 –del que dimos cuenta en el núm. 34 de esta Revista, crónica VII.11.A)–, y concluye que “no existiendo una disposición legal que expresamente impida la vigencia de tal garantía (la caducidad) en el ámbito procedimental que estamos examinando, la efectividad de la caducidad en los procedimientos disciplinarios seguidos contra jueces y magistrados debe ser afirmada por las mismas razones que llevan a instaurar esta garantía en otros ámbitos disciplinarios”.

D) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan

La STS de 3 de julio de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4526, insiste en que “el régimen disciplinario específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, es ajeno a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los Expedientes y procedimientos sancionadores (...). No resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 (...). El efecto que se sigue del agotamiento del plazo para concluir el Expediente, es el de volver a contarse el plazo previsto para la prescripción de la Falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda”. En idéntico sentido, la STS de 31 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5077.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La determinación de la sanción como un proceso reglado

STS de 12 de julio de 2006, Sección Tercera, Ar. 4971:

“El principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa, ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.”

12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) El Tribunal acuerda la sanción correspondiente con arreglo al nuevo régimen sancionador al aplicar el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable

Un notario es sancionado con traslado forzoso simple por impago de las cantidades debidas a la Mutualidad que, según el artículo 348.7 del Reglamento Notarial, constituía una infracción muy grave. La nueva tipificación de infracciones notariales establecida por el artículo 43 de la Ley 14/2000 no incluye a la conducta enjuiciada como infracción muy grave sino como falta grave. Según la **STS de 8 de junio de 2006**, Sección Sexta, Ar. 4658, la conducta imputada debe entenderse incluida en el ámbito de la nueva Ley sobre la base del principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables y, por tanto, “en cuanto que se ha producido una degradación de la infracción a falta grave, ello incide en la determinación de la sanción aplicable, que ya no puede ser la que le había sido impuesta al recurrente, prevista sólo para las faltas muy graves, (...), considerando adecuada a la entidad y naturaleza de los daños, la sanción de multa de 2.000.000 de pesetas, que lleva anexa como accesoria la privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no obtenga la rehabilitación”. Por el contrario, en otros supuestos similares de los que hemos dado cuenta en crónicas anteriores, la Sala se limitaba a anular la sanción y retrotraer las actuaciones al momento al que la Administración debía dictar otra resolución con arreglo al nuevo régimen sancionador.

B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

STS de 7 de abril de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4910. En atención a las circunstancias concurrentes se sustituye la sanción de separación del servicio de un Guardia Civil por la de suspensión de empleo durante un año.

C) Se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones al momento en que se generó indefensión en el procedimiento administrativo sancionador

La **STS de 19 de junio de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 4014, [supra 7.B)], anula la sanción y ordena la retroacción de las actuaciones para que se dé audiencia al interesado en el procedimiento disciplinario.

D) Consecuencias del control contencioso-administrativo sobre el plazo de prescripción de la infracción

La STS de 13 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 5330, se enfrenta al problema de la determinación de la forma de computar los plazos de prescripción en los casos en que inicialmente se calificaron los hechos como constitutivos de una falta grave y, posteriormente, por resolución judicial se declaran como falta leve. Al respecto, de manera un tanto confusa, la Sala sostiene que “el beneficio obtenido por el que ve su conducta rebajada a falta (leve) no puede ahora extenderse a la prescripción del hecho retrotrayendo la acción válidamente ejercitada al momento en que se produjo la apertura del expediente. La seguridad y certeza que se exige al Ordenamiento Jurídico conlleva que lo que se tramita como falta grave sea el módulo que nos lleve al cómputo de los plazos legales para la prescripción de los hechos (...). Ahora bien, la solución será distinta si la falta (leve) había ya prescrito al inicio del expediente sancionador”.

Y la Sala añade: “la supuesta falta cometida por el recurrente no ha prescrito por lo que podrá ser objeto de sanción por los cauces a tal fin establecidos”.

E) Devolución de un recargo tributario de carácter sancionador por inconstitucionalidad de la Ley que lo estableció, a pesar de haber devenido firme

Como ya dimos cuenta en su momento, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del recargo del 50% previsto por la LGT para el supuesto de ingresos de deudas tributarias fuera de plazo, al considerarlo una sanción que vulneraba las garantías del artículo 24 CE. Yendo más allá, la STS de 28 de marzo de 2006, Sección Segunda, Ar. 5066, admite la nulidad de un recargo que había devenido firme, pues afirma que “la eficacia anulatoria (...) debe ser aplicada *ex tunc*”, por cuanto “el principio de buena fe, que ha de presidir las relaciones de la Administración con los administrados, impone que en supuestos como el enjuiciado en los que la Administración ha exigido un recargo a los administrados en cumplimiento de una Ley que así lo disponía, cuando esa misma Administración tenga conocimiento de la inconstitucionalidad de ese recargo proceda de oficio a iniciar los trámites de su devolución a quienes confiaron, de buena fe, que su exigencia y pago se derivaba de una norma legítima, pero que el tiempo venía a demostrar que no ostentaba esa condición”. Cuanto menos, debe tenerse en cuenta lo arriesgado de esta línea jurisprudencial, donde no se menciona expresamente que el recargo –la sanción– aún no se hubiera ejecutado completamente, pues sólo de ser así tendría esta declaración un respaldo en el artículo 73 LJCA.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMIJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Objeto de la expropiación. A) Expropiación de los bienes más adecuados al fin perseguido en aplicación del artículo 15 de la LEF: improcedencia de expropiar un camino alternativo menos gravoso por la incidencia de otros factores que corresponde apreciar discrecionalmente a la Administración expropiante.

3. Procedimiento expropiatorio. A) Inaplicación de la revisión de oficio a un procedimiento expropiatorio cuando se ha consolidado, por prescripción adquisitiva, el pleno dominio de la Administración sobre los terrenos. B) Jurado expropiatorio autonómico: su efectiva competencia no se inicia hasta que se determina su composición y funcionamiento, no desde su creación legal. C) Control de la motivación en expropiaciones urgentes. **4. Determinación del justiprecio.** A) El precio alcanzado en mutuo acuerdo incluye los intereses de demora salvo pronunciamiento expreso en contrario. B) La indicación estimativa en un proyecto de obras del coste de obtención de unos terrenos por expropiación no es un supuesto de fijación del justiprecio en vía de hecho.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la jurisprudencia más destacada en materia expropiatoria correspondiente al segundo trimestre de 2006. Sin haber en esta ocasión pronunciamientos singularmente novedosos, cabe destacar preliminarmente la sentencia que se comenta en relación al objeto de la expropiación, que incide en la interpretación siempre difícil del artículo 15 de la LEF. Junto a ella, merece especial consideración la sentencia referida a la inaplicación de la revisión de oficio a los procedimientos expropiatorios cuando ha consolidado, por prescripción adquisitiva, el pleno dominio de la Administración sobre los terrenos originariamente expropiados, que sienta la aplicabilidad de los límites de la revisión de oficio en estos casos.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Expropiación de los bienes más adecuados al fin perseguido en aplicación del artículo 15 de la LEF: improcedencia de expropiar un camino alternativo menos gravoso por la incidencia de otros factores que corresponde apreciar discrecionalmente a la Administración expropiante

La STS de 29 de marzo de 2006, Ar. 5484, resuelve el recurso de casación deducido contra la desestimación por sentencia de 20 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (JUR 217152) del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra diversas resoluciones de la Diputación Provincial de Cádiz que acordaron la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios de los bienes necesarios para la adecuación de un camino de acceso a la finca de Miramundo, propiedad del Consorcio Bahía de Cádiz, en la que se ubica el vertedero de basuras de los términos municipales de la Bahía de Cádiz.

El recurso es interpuesto por la propietaria afectada que, en esencia, argumenta que el camino que quiere expropiarse atraviesa dos fincas rústicas de su propiedad que constituyen una unidad de explotación. Dicho camino transcurre por el centro de ambas fincas, partiendo de una carretera comarcal que da acceso a las fincas y finalizando en el límite de la finca Miramundo. Por ello, la propiedad tenía suscrito un contrato desde julio de 1991 con el Consorcio Bahía de Cádiz para que éste pudiese hacer uso temporal de dicho camino de acceso al vertedero hasta que se adecuase otro menos gravoso para la propiedad. De hecho, en dicho contrato se mencionaban otras vías alternativas, así como la conveniencia de acelerar la realización de obras de acceso definitivo a la finca Miramundo “por la cañada o vereda de dominio público existente”, exterior a las fincas. Finalizada la vigencia de dicho contrato, se suscribieron otros tres contratos más, el último de enero de 1997, donde se recogía la prórroga automática del mismo cada doce meses. Éstos son los datos que alega la actora en su demanda para argumentar que el Consorcio Bahía de Cádiz no planteó nunca la posibilidad de mantener de forma permanente el acceso por el camino a que se refieren los contratos, ni su expropiación.

La Diputación de Cádiz acordó expropiación urgente del camino en favor del mencionado Consorcio en aplicación del Plan Parcial de Obras y Servicios de 1997, que incluía la obra de adecuación del camino de acceso a Miramundo, aprobando en 1999 la relación de bienes y derechos a expropiar que comprendía el Proyecto de obras y señalando la fecha para el levantamiento de las actas de ocupación.

El fondo del asunto debatido en instancia es la conformidad a Derecho de la relación de bienes y derechos a expropiar, que la propiedad cuestiona por infringir los principios de adecuación y proporcionalidad de la expropiación, que implícitamente reconoce el artículo 15 de la LEF al decir que la necesidad de ocupación de los bienes y derechos comprenderá “los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación”; así como los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y la prohibición de ir contra los propios actos que, a juicio de la recurrente, se vulneran a la vista de los contratos de uso provisional del camino que firmó con la Administración, en los que siempre estuvo pre-

VIII. Expropiación Forzosa

sente la idea de provisionalidad de la ocupación del camino. Estas pretensiones se acompañaban de un razonamiento en torno a la posibilidad de trazar un acceso alternativo al vertedero por la vía pecuaria a la que aludían los mencionados contratos, argumentándose que este otro trazado resultaría menos costoso económicamente para la Administración y más conveniente, por posibilitar un acceso más directo a la finca de Miramundo.

El mayor interés del pronunciamiento de instancia reside en la interpretación del artículo 15 de la LEF en relación a la posibilidad de definir un camino alternativo, que lleva al Tribunal Superior de Justicia a desestimar el recurso con el siguiente argumento:

“en cuanto a la pretensión de la posibilidad de un trazado alternativo, por suponer un menor coste económico, ha de coincidirse con la Administración en que (...) el coste no es el único factor que la potestad expropiatoria ha de tener en cuenta, pues la potestad expropiatoria tuvo en cuenta también aspectos ambientales, menor distancia a recorrer por los vehículos hasta la entrada al camino, etc. (...). Tampoco existe infracción del artículo 15 de la Ley de Expropiación, por entender que los bienes expropiados no sean los estrictamente indispensables, la opción que adoptó la Administración en uso de su potestad discrecional de expropiación, fue la que entendió más adecuada al interés público, sin que por la parte actora se haya acreditado que se hayan expropiado bienes o derechos no indispensables (...). Por último no es de admitir la alegación de que el camino sea una vía pecuaria, pues en modo alguno está probado que lo sea conforme al artículo 1 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, sin que tenga validez y fuerza probatoria al respecto, su afirmación en un contrato de arrendamiento suscrito por la actora y otra Administración distinta a la expropiante”.

En la fundamentación de su recurso de casación, la actora entiende que el Tribunal a quo infringe el artículo 15 de la LEF al avalar la opción de la Administración por el camino expropiado y no por el trazado alternativo, que, a la vez de causar un menor sacrificio a la propiedad privada, suponía un menor coste y tenía menor incidencia medioambiental.

Para rechazar este motivo casacional, el Tribunal Supremo recuerda lo dicho en sus SSTs de 30 de diciembre de 1991, Ar. 388 de 1992, y de 9 de marzo de 1993, Ar. 1672, que sientan la siguiente doctrina sobre el artículo 15 de la LEF:

“El instituto expropiatorio en cuanto supone la privación singular de la propiedad privada, o derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente exige la plena justificación de la utilidad pública concurrente en cada supuesto de expropiación, justificación extensible no sólo a la finalidad de la *causa expropriandi* sino también a la concreción específica de los bienes expropiados que han de ser los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación que ha de lograrse con el mínimo sacrificio posible de la propiedad privada, reconocido constitucionalmente en el título I de la Constitución como uno de los derechos básicos de los ciudadanos, y de ahí el imprescindible control jurisdiccional de la posible extralimitación de la Administración en el señalamiento de los bienes expropiables contenido en el acuerdo de la necesidad de ocupación, porque el ordenamiento jurídico no otorga a la Administración un pleno poder para expropiar sino una potestad limitada en cuanto a su ejecución, limitación que deriva en primer lugar de la naturaleza misma de las potestades administrativas que deben ejercitarse en función del interés público que

no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad y en segundo lugar, de los conceptos, inequívocos reglados que utiliza la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 15 —necesidad concreta, bienes estrictamente indispensables—, a los que debe acomodarse la Administración, al igual, que el fin que justifica dicho ejercicio.

La formulación de la expropiación contenida en el artículo 33 de nuestra Constitución, presupone que la finalidad de la privación o restricción de la propiedad privada, concretada en la subordinación de tal derecho a las necesidades del interés público o utilidad social, ha de recaer en la fijación de un bien concreto y específico, adecuado para el cumplimiento de tales necesidades públicas o sociales.

Tal fijación no puede quedar sometida al libre arbitrio de la Administración ni a un margen de discrecionalidad exento de control jurisdiccional. 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.

El propio artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa resume magistralmente lo acabado de exponer cuando preceptúa que la Administración resolverá sobre ‘la necesidad concreta’ de ocupar los bienes que sean ‘estrictamente indispensables’ para el fin de la expropiación.”

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que:

“el camino propiedad de la actora, que por medio de diversos contratos de arrendamiento había sido cedido temporalmente al Consorcio Bahía de Cádiz para acceder al vertedero de basuras, fue expropiado por la vía de urgencia precisamente para el acceso a dicho vertedero existente en la finca “Miramundo”. La actora entiende que existía un camino alternativo, cuyo coste hubiera resultado más económico que el suyo, según la prueba pericial practicada, por lo que concluye que la Sala de instancia al confirmar la opción de la Administración en favor de la expropiación del camino de su propiedad y no el alternativo que sería el más económico, habría infringido el artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa.

El Tribunal *a quo* tiene por probado que el bien expropiado (...) es estrictamente indispensable e imprescindible para el fin pretendido y además considera igualmente probado que dicho camino es el más adecuado a la finalidad perseguida por la expropiación, pues aun cuando pudieran ser menores los costes económicos de otro camino alternativo, la mayor adecuación a aquel fin del camino expropiado vendría dada tal y como considera probada la Sala de instancia por circunstancias de relevancia tales, como la menor afectación ambiental y la facilidad del tráfico al permitir un mejor acceso de los camiones al vertedero y ser menor la distancia a recorrer por los vehículos hasta la entrada al camino.

De esos hechos declarados probados por la sentencia de instancia, al reputar el camino expropiado como imprescindible y el más adecuado para cumplir la finalidad expropiato-

VIII. Expropiación Forzosa

ria debe partir necesariamente esta Sala, que tiene que aceptar en esta sede casacional, los hechos que en aquélla se tienen por probados, al no haberse articulado en forma un motivo tendente a combatir la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia (...).

No habiendo procedido la recurrente en tales términos y debiendo partirse de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, debe concluirse por las razones expuestas que el camino expropiado resultaba imprescindible, para el fin para el que fue expropiado, y por tanto no cabe apreciar una vulneración del artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa y de la jurisprudencia que se citaba, lo que obliga a la desestimación del motivo de recurso”.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Inaplicación de la revisión de oficio a un procedimiento expropiatorio cuando se ha consolidado, por prescripción adquisitiva, el pleno dominio de la Administración sobre los terrenos

Mediante Decreto de 27 de enero de 1950, el Consejo de Ministros declaró la urgente ejecución de la construcción del Pantano de Gabriel y Galán, en la Provincia de Cáceres, con capacidad para inundar hasta 2400 hectáreas del término municipal de Granadilla. Por Orden Ministerial de 24 de junio de 1955 se autorizó el traslado de la población de Granadilla, al tiempo que se declaraba que la expropiación de todos los inmuebles afectados se rigiera por el capítulo V del título III de la entonces recién aprobada LEF de 1954, en cuyo artículo 87 se faculta a los propietarios para excluir de la expropiación las tierras de innecesaria ocupación. La citada Orden ministerial declara que quedan por encima de la cota de máximo embalse 6550 Hectáreas sujetas a repoblación forestal como zona de protección del embalse. Se añade en dicha Orden Ministerial que, según informaba la Confederación Hidrográfica del Tajo, los vecinos del pueblo habían solicitado la expropiación total y el traslado, previa su construcción, al poblado de Granadilla La Nueva.

En el año 2000, algunos de los causahabientes de los antiguos vecinos expropiados solicitaron a la Confederación Hidrográfica del Tajo la declaración de nulidad de los expedientes expropiatorios aludidos por la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992 y la retrocesión de ciertas fincas ubicadas por la cota de máximo embalse alegando se había seguido un procedimiento no ajustado a Derecho, ya que, al expropiarse por el procedimiento de urgencia, los antiguos propietarios no dispusieron de la posibilidad de solicitar la exclusión de terrenos no necesarios para la ejecución de las obras prevista en el artículo 87 de la LEF para los casos de traslado de poblaciones.

La denegación de esta pretensión fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 24 de enero de 2004 (JUR 65911) considerando que:

“centrado el debate en la revisión de oficio de actos que han adquirido firmeza hace ya más de veinte años en sus últimos efectos, es indudable que esa vía revisora, como se aduce acertadamente por la defensa de la Administración, afectaría a los derechos ya consolidados por la Administración sobre los terrenos que habían pasado a su propiedad a ciencia y paciencia de los causantes de los actuales integrantes de la Asociación recurrente. Y si ello es así, resultaría que se habrían alcanzado los plazos de la prescripción adquisitiva por parte del Organismo

de Cuenca sobre dichos terrenos, plazos que deben ser los reducidos de diez años que se contienen en el artículo 1957 del Código Civil, habida cuenta que no puede negarse que la Administración habría tenido la posesión de buena fe y justo título (los actos administrativos se presumen válidos y eficaces ya desde el artículo 45 de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo y ahora en el 57 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común); máxime cuando las fincas afectadas por las expropiaciones fueron inscritas en el Registro de la Propiedad (...), y en las inscripciones se deja constancia de que esos terrenos quedaban ‘afectos al embalse Gabriel y Galán como zona de protección’ por resolución de 18 de enero de 1963. Pues bien, si existe esa prescripción del dominio sobre los terrenos a favor del Organismo de Cuenca, en el peor de los casos, en modo alguno procedía ya la revisión de oficio pues esa potestad –que pueden solicitar los interesados– quedaba cerrada de forma absoluta como establece el artículo 106 de la vigente Ley Procedimental antes citada, al igual que el artículo 112 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, bajo cuya vigencia se habría consumado la prescripción, al establecerse que se excluía la posibilidad de la revisión de oficio ‘cuando por *prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido* o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes’. Y si ello es así resulta que la prescripción del dominio de los terrenos que reclaman los actores cerraba la posibilidad de esa revisión, así como el mismo ejercicio contrario a la buena fe porque los entonces propietarios en su día afectados directamente por la expropiación y causantes de los ahora reclamantes, que fueron desposeídos de los terrenos en el seno de un procedimiento expropiatorio y cobraron los justiprecios correspondientes, no impugnaron directamente los actos dictados y sí se hicieron, como una de las coherederas de la misma causante de la recurrente respecto de las mismas fincas –que como ejercicio por una comunera no puede perjudicarle, ciertamente–, fueron desestimadas –se reconoce expresamente en la demanda–, por lo que pretender ahora una actuación de esta naturaleza como es la restitución de unos terrenos que de lo que resulta en las actuaciones quedan adscritos a la zona de protección del Pantano, ha de entenderse contraria a la buena fe en el ejercicio de los derechos, como establece el artículo 106 antes mencionado”.

Así, pues, a juicio de la Sala, la solicitud de la revisión de oficio instada en el marco del artículo 102 de la Ley 30/1992 resulta improcedente ante la prescripción adquisitiva de los terrenos ubicados sobre la cota máxima de embalse porque de lo contrario se vulnerarían los límites legales de la revisión de oficio.

Frente a esta resolución se interpuso recurso de casación que es resuelto por **STS de 22 de mayo de 2006**, Ar. 6245. Para rechazar la casación planteada, el Tribunal Supremo se remite a una sentencia de su Sala primera de 22 de diciembre de 1987, Ar. 9650, que, en relación con los hechos examinados, ya declaró producida la usucapión de los terrenos pretendidos por los recurrentes a favor de la Confederación Hidrográfica del Tajo. Junto a ello, el Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 102 de la Ley 30/1992 al caso, afirmando que:

“el artículo 102 de la Ley 30/1992 establece que las Administraciones públicas podrán en cualquier momento por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad autónoma si lo hubiera,

VIII. Expropiación Forzosa

declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1. El artículo 106 establece que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes.

Pese a lo argumentado por las recurrentes, y toda vez que como se ha dicho, solicitaban la nulidad radical de todo el expediente expropiatorio en relación a las fincas rústicas expropiadas sitas por encima de 390 de máximo, lo cierto es que dicha pretensión de nulidad sólo podía canalizarse como entiende certeramente la sentencia de instancia, por la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992 y no del artículo 126 de la Ley de Expropiación Forzosa, como se dice en el quinto motivo de recurso.

En efecto, como argumenta la Sentencia de 22 de diciembre de 1987 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 24 de enero de 1980 señaló que el expediente expropiatorio se hallaba en aquella fecha totalmente terminado. Del mismo modo la citada sentencia se fija en que todas las actas de ocupación se extendieron y firmaron en total en cuatro fechas de 25 de noviembre de 1956 al 26 de abril de 1962. Igualmente la citada sentencia confirma lo dicho por la sentencia de instancia en el sentido de que fueron abonados a los propietarios de las fincas afectadas las cantidades que les correspondía percibir, y por último, en su fundamento jurídico cuarto razona concluyendo la procedente aplicación del artículo 1957 del Código Civil y consagra con el valor de cosa juzgada la prescripción adquisitiva en favor de la Confederación Hidrográfica del Tajo.

Con estos antecedentes y toda vez que como se ha dicho se solicitaba la nulidad radical del expediente expropiatorio, atendido que transcurrieron más de 50 años desde que practicaron las expropiaciones y más de 20 años de que culminaron sus efectos, incluido el pago de los oportunos justiprecios, como se recoge en la sentencia citada dictada por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, la única incardinación posible de la pretensión de las actoras era en el ámbito del artículo 102 de la Ley 30/1992, lo que hacía que debiera estarse lógicamente al tenor del artículo 106 de dicho texto legal, como hace la sentencia recurrida.

Y es lo cierto que el tenor de dicho precepto, por las razones que se han expuesto y que son también recogidas por el tribunal de instancia, impide que puedan ejercitarse las facultades de revisión por parte de la Administración”.

B) Jurado expropiatorio autonómico: su efectiva competencia no se inicia hasta que se determina su composición y funcionamiento, no desde su creación legal

Al igual que ha hecho el resto de Leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas, la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, regula las funciones y la composición del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid, atribuyéndole competencias tasadoras sobre las expropiaciones por razón de urbanismo que se lleven a cabo en dicha Comunidad Autónoma (artículo 12). Esta previsión legal fue desarrollada por el Decreto 71/1997, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del

mencionado Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Madrid, que carece de norma transitoria alguna y que disponía su entrada en vigor a los dos meses de su publicación; esto es, el 20 de agosto de 1997, fecha a partir de la cual el citado Jurado autonómico comenzaría a conocer de los expedientes de justiprecio que hasta entonces resolvía el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa. Sin embargo, el Jurado autonómico no se constituyó sino a partir de la Orden autonómica de 9 de febrero de 1998, que concretó su composición y entrada en funcionamiento.

A tenor de estas previsiones, las **SSTS de 8 y 15 de marzo de 2006**, Ar. 1936 y 4680, respectivamente, se pronuncian sobre las competencias del mencionado órgano tasador autonómico al hilo de la resolución de sendos recursos de casación interpuestos contra pronunciamientos judiciales de instancia que desestimaron los recursos formulados contra los justiprecios fijados por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa fundándose, aparte de otras razones de fondo, en la incompetencia de este órgano, que entienden decaída frente a la normativa urbanística autonómica arriba citada.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo casacional fundado en la incompetencia del Jurado Provincial reproduciendo los argumentos del Tribunal *a quo*, para quien:

“La orden antes citada de 9 de febrero de 1998 dispuso que el ejercicio efectivo de las competencias del Jurado Territorial de Expropiación exigía el establecimiento del momento a partir del cual ha de entenderse válidamente constituido y la concreción de la situación procedimental de tramitación de los expedientes de expropiación sobre los que ha de determinarse para la fijación del justiprecio y, en congruencia con ello, en su artículo 1º previó que la constitución y ejercicio efectivo de las competencias reguladas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento tendría lugar a partir del siguiente a la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del Acuerdo del Consejo de Gobierno del nombramiento de sus miembros en los términos establecidos en el artículo 4 del citado Reglamento y, desde esa fecha, conforme al artículo 2º de dicha orden el Jurado Territorial de Expropiación conocerá de los expedientes de expropiación forzosa en los que, siendo la Administración expropiante la Comunidad de Madrid o uno de los municipios situados en su territorio y habiendo finalizado la tramitación administrativa de la pieza separada de valoración, no se haya llegado aún a un acuerdo en cuanto al precio con los titulares de los bienes o derechos objeto de expropiación.

Prevé igualmente la Disposición Transitoria de dicha orden que el Jurado Provincial de Expropiación remitirá al Territorial de la Comunidad de Madrid las piezas de valoración de los expedientes de expropiación forzosa a que se hace referencia en el artículo 2º y que habiendo tenido entrada en el mismo estén pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor de la presente orden.”

En consecuencia, el Tribunal Supremo sostiene que:

“planteándose en el presente motivo casacional por parte de la beneficiaria de la expropiación un tema afectante a la competencia de la Comunidad de Madrid, parte en este

VIII. Expropiación Forzosa

proceso y que no ha alegado la infracción de dicha competencia, ha de estarse a lo previsto en dicha Orden de 9 de febrero de 1998 conforme a la cual y a su Disposición Transitoria solamente desde la fecha de constitución prevista en la misma cabe atribuir la competencia al Juzgado Territorial de Expropiación, respetando con ello el principio general aceptado por la jurisprudencia de esta Sala de que en ningún caso pueden perjudicar al recurrente, en este caso al expropiado, los posibles efectos y consecuencias derivados de ilegalidades u omisiones en que hubiera incurrido la Administración, puesto que, en otro caso y pese a la tácita aceptación por parte de la Comunidad Autónoma, cuya competencia se denuncia como vulnerada por la beneficiaria, de la competencia del Jurado Provincial de Expropiación, se originaría un daño al expropiado ya que la apreciación de la incompetencia denunciada supondría una declaración de nulidad de todo lo actuado para efectuarse un nuevo pronunciamiento por el Jurado Territorial, lo que resulta evidentemente contrario a principios de economía procesal y de efectividad de la tutela judicial”.

C) Control de la motivación en expropiaciones urgentes

Ya hemos comentado en otras muchas ocasiones la reacción jurisprudencial producida ante el abuso sistemático que la Administración viene haciendo del procedimiento expropiatorio de urgencia del artículo 52 de la LEF, que ha dado lugar a una rica jurisprudencia que, junto al establecimiento de otros límites para ejercicio de esta vía expropiatoria excepcional, ha reforzado la necesidad de motivar suficientemente el acuerdo que declare la urgencia.

Abundando en esta línea jurisprudencial la **STS de 14 de marzo de 2006**, Ar. 5720, confirma en casación un pronunciamiento de instancia que anulaba la declaración de urgencia para la expropiación de unos terrenos destinados a la ampliación de patrimonio municipal de suelo que formalmente se amparaba en los siguientes motivos: “que los terrenos presentan un grave deterioro ambiental, utilizándose para escombrera y vertedero de relleno; que han sido considerados propiedad municipal desde tiempo inmemorial habiéndose visto perturbada por actos de la Junta Vecinal y otros vecinos; que es necesario reordenar el espacio para evitar su deterioro y dotar de infraestructuras y equipamientos”. Los fines concretos expresados en el acuerdo municipal eran: la recuperación de dunas, la construcción de infraestructuras, el impulso de un plan de vivienda y usos educativos y sanitarios asociados. Tras ello, el citado acuerdo expresaba que “el constante aumento poblacional en el municipio durante los últimos años, con el consiguiente aumento previsible de la población escolar, determina un previsible aumento de la construcción, la carencia de instalaciones deportivas, las necesidades escolares en todas las etapas y, finalmente, se prevé la creación de un centro geriátrico en un plazo razonable”.

Tales razones son consideradas por el Tribunal de instancia insuficientes, y aunque por sí mismas podrían justificar la expropiación, en modo alguno permiten afirmar la existencia de urgencia que impida el empleo del procedimiento ordinario, pues:

“nada permite afirmar, en efecto, que la construcción de las viviendas sea urgente, ni tampoco que lo sean las instalaciones deportivas, que las necesidades de la población sean ya

tales que requieran a la mayor brevedad posible su construcción, máxime si tenemos en cuenta que fueron expropiados ya hace dos años terrenos para estos mismos fines y que hasta la fecha no se ha procedido a ejecutar obra alguna en ellos. A mayor abundamiento consta en la documental practicada en autos que las peticiones de viviendas de protección hasta la fecha alcanzan las 200, y que el objetivo de sobrepasar los 5.000 habitantes se plantea a corto plazo y, a medio plazo, alcanzar los 1.000. Se trata, pues, de objetivos, no de necesidades actuales y urgentes acreditadas”.

La misma conclusión alcanza el Tribunal Supremo en sede casacional, rechazando la suficiencia de los motivos aducidos para justificar el recurso al procedimiento de urgencia, dado que los expresados:

“no contienen ninguna explicación, razón o fundamentación sobre la urgencia de la ocupación, nada se dice sobre la realización inmediata de alguna de las numerosas actuaciones que se indican, limitándose a poner de manifiesto genéricamente las necesidades que tratan de cubrirse mediante las distintas actuaciones, cuya realización en ningún caso se prevé de manera concreta en el tiempo y menos aún se alega y demuestra que alguna de las actuaciones previstas no podría llevarse a cabo o resultaría perjudicada de seguir el procedimiento expropiatorio ordinario, lo que constituye presupuesto básico para que la declaración de urgencia pueda considerarse justificada, sin que las referencias a la situación de la zona de dunas, la existencia de un contrato de Asistencia Técnica al respecto, por cierto suscrito por la Demarcación de Costas y al margen del procedimiento expropiatorio, o el carácter complementario de la superficie destinada a infraestructuras deportivas, supongan precisión alguna sobre la urgencia temporal de tales actuaciones que altere lo que hasta aquí se ha dicho. En definitiva, el acuerdo de declaración de urgencia no razona ni justifica la concurrencia de circunstancias excepcionales por las cuales la realización de alguna de las actuaciones que sirven de fundamento al procedimiento expropiatorio no podría llevarse a cabo o se vería perjudicada de seguir el procedimiento ordinario, por lo que no se justifica dicha declaración de urgencia”.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) El precio alcanzado en mutuo acuerdo incluye los intereses de demora salvo pronunciamiento expreso en contrario

Como hemos señalado en estas crónicas en ocasiones anteriores, el reconocimiento del derecho a los intereses por demora en el pago del justiprecio fijado en avenencia está condicionado a la existencia de un pacto expreso en tal sentido o a que el reconocimiento del derecho se derive de una interpretación razonable del mutuo acuerdo, de actuaciones precedentes o de actos propios de la Administración que admitan su devengo. Tal es la doctrina consagrada por el Tribunal Supremo al hilo del artículo 26 del REF, según el cual, el acuerdo de adquisición resultante del mutuo acuerdo “se entenderá como partida alzada por todos los conceptos”.

VIII. Expropiación Forzosa

En aplicación de esta doctrina, la STS de 30 de mayo de 2006, Ar. 4022, resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina deducido contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de noviembre de 2004 (JUR 68460 de 2005), que reconoció a favor de la expropiada los intereses de demora del artículo 56 de la LEF generados con anterioridad a la firma del acta de adquisición por mutuo acuerdo. El Abogado del Estado que formula el recurso apoya su pretensión casacional en una serie de sentencias de contraste que avalan la tesis arriba referida. A la vista de ello, la sentencia comentada estima el recurso recordando que el precio convenido en mutuo acuerdo:

“ha de entenderse como partida alzada por todos los conceptos (...) en la que (...) están incluidos los intereses de demora hasta el momento del convenio, salvo declaración expresa en contrario, porque (...) el concepto de intereses de demora del artículo 56 de la Ley no integra el *quantum* del justiprecio, sino que constituye una indemnización fijada sobre el total justiprecio en base al rendimiento legal que produce el dinero durante el *lapso* temporal que permanece en poder de la entidad obligada a entregarlo a su destinatario. Por el contrario, y en virtud del principio de libertad dispositiva que preside la formación de la voluntad común de todo negocio jurídico, pueden las partes convenir o no excluir el pago de los intereses de demora en la formación del justiprecio en el supuesto del artículo 26 del Reglamento de Expropiación Forzosa”.

B) La indicación estimativa en un proyecto de obras del coste de obtención de unos terrenos por expropiación no es un supuesto de fijación del justiprecio en vía de hecho

La STS de 4 de abril de 2006, Ar. 5309, resuelve el recurso de casación planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de noviembre de 2002 (JUR 786 de 2003), que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la valoración de una parcela efectuada en un proyecto de obras municipales para la ejecución de la prolongación de una calle. La indicación estimativa que hacía el proyecto de obras de los justiprecios a pagar fue considerada por el Tribunal de instancia como:

“una expropiación realizada de plano por la Administración expropiante, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para la fijación de aquél en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, no merece sino la anulación del mismo, máxime cuando desde la situación de inseguridad en que coloca a la recurrente el Ayuntamiento, se procede por la misma a presentar una valoración de la finca que es rechazada por el Arquitecto Técnico Municipal, que procede a realizar una nueva estimación de aquélla, con lo que no se hace sino reiterar la vulneración procedimental que venimos señalando a la hora de fijación del justiprecio, que debemos expresamente rechazar”.

El Ayuntamiento expropiante funda el recurso de casación contra esta sentencia en el error que comete el Tribunal de instancia en la interpretación del procedimiento seguido, argumentando que la actuación municipal no suponía una vía de hecho desconocedora de los artículos 26 y siguientes de la LEF —como afirma el Tribunal *a quo*—, sino que se limitaba a aprobar inicialmente un proyecto de obras en el que se declaraba la utilidad pública de la adquisición de ciertos bienes y se aprobaba la relación de bienes y derechos y de los propietarios afectados que se sometía a información pública; actuaciones que supo-

nían la aplicación de las previsiones de los artículos 93 y 94 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, sobre disposiciones legales en materia de régimen local, que sujetan la aprobación definitiva de los proyectos de obras al trámite de información pública y refieren las consecuencias anejas a efectos expropiatorios en consonancia con los artículos 17, 18 y 19 de la LEF, sin que ello suponga en ningún caso la fijación de justiprecio ni ninguna otra actuación relativa al mismo. Concretamente, indica el Ayuntamiento que la referencia a la valoración de la finca de la recurrente en instancia no es más que la plasmación del presupuesto que figura en el proyecto, que es una exigencia del artículo 90 del Real Decreto Legislativo 781/1986, según el cual, en todo proyecto de obra deberá constar la valoración aproximada de los terrenos que hayan de ocuparse y, en su caso, expropiarse, lo que en modo alguno constituye el justiprecio de la finca o parcela en cuestión, que es el resultado del desarrollo de un ulterior procedimiento que no se había abierto todavía en el momento en que la afectada interpuso el recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo acoge los argumentos del recurrente estimando la casación pretendida y afirmando que, en efecto,

“cuando la interesada impugna el acuerdo plenario del Ayuntamiento (...) únicamente en cuanto a la cantidad que aparece reflejada en el mismo respecto de la parcela afectada, considerando que se trata de la fijación del justiprecio, y formula hoja de aprecio, está incurriendo en un notable error en la naturaleza jurídica de dicho acuerdo, que en modo alguno supone la fijación del justiprecio sino el mero reflejo del presupuesto efectuado en el proyecto de obra, error que reproduce la sentencia de instancia al estimar el recurso en tal sentido, por considerar que la Administración expropiante ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para la fijación del justiprecio en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, pues no hay ninguna fijación de justiprecio en el Acuerdo impugnado, sin que tal error de apreciación pueda reprocharse a la actitud de la Administración, como se refleja en la sentencia de instancia, sino a una deficiente valoración jurídica de las actuaciones realizada por el Tribunal *a quo*, que a pesar del contenido del Acuerdo impugnado, la documentación que consta en el expediente en el que se refleja el proyecto de la obra y su presupuesto y otras actuaciones sobre su tramitación y las expresas y suficientes alegaciones formuladas en la contestación a la demanda sobre el carácter y contenido del Acuerdo, las normas que le servían de cobertura jurídica y la inexistencia de justiprecio ni procedimiento abierto para su fijación, mantiene la calificación del acto como fijación de justiprecio, lo que supone no tomar en consideración las normas a las que responde el Acuerdo y aplicar indebidamente las disposiciones que regulan la determinación del justiprecio, incurriendo así en la infracción de las mismas que se denuncia en cada uno de los motivos de casación, que por lo tanto deben ser estimados”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Teoría del margen de tolerancia. B) *Lex artis ad hoc* en los daños sanitarios. C) Prueba del nexo causal en los daños sanitarios. D) Contagio por vía transfusional del virus de la hepatitis C y del SIDA: cláusula del estado de los conocimientos y de la ciencia. E) Suicidio de internos: alcance de la obligación de vigilancia por parte de la Administración. F) Caídas en calles o en edificios públicos: alcance de la obligación de la Administración de conservación y mantenimiento de la seguridad de las instalaciones. **3. Daño indemnizable.** A) Compatibilidad entre pensiones e indemnización por daños. B) Efectividad del daño: renuencia a indemnizar el lucro cesante. **4. Responsabilidad del poder judicial.** A) Existencia de error judicial: indemnización procedente. B) Prisión preventiva y funcionamiento anormal por retraso judicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En este número comentamos un número destacado de pronunciamientos que, como es habitual, ponen en juego múltiples aspectos del instituto de la responsabilidad. Cabe destacar, por su abundancia e interés, los relacionados con la teoría conocida como “del margen de tolerancia” –conforme a la cual no son indemnizables los daños derivados del ejercicio incorrecto pero razonable de potestades en contextos de complejidad normativa o de apreciación–; los que muestran la complejidad en la apreciación y la prueba del nexo causal en los daños sanitarios; o los relativos a la responsabilidad por actos del poder judicial, sea por error judicial, sea por prisión preventiva seguida de libre absolución, sea, en fin, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD**A) Teoría del margen de tolerancia**

En Crónicas anteriores –entre ellas, en el último número– nos hemos referido ya a la conocida como “teoría del margen de tolerancia”, conforme a la cual ni siquiera en todos

los casos en que concurre un elemento de anormalidad el Tribunal Supremo considera que la Administración deba ser declarada responsable. Tal ocurre en los casos en que la anormalidad consiste en la ilegalidad de un acto administrativo para cuyo dictado existía un margen de discrecionalidad o de apreciación o una cierta complejidad o indeterminación del marco jurídico. En estos casos la jurisprudencia trata de no penalizar a la Administración por los efectos derivados de estas situaciones de incerteza. Por consiguiente, si el ejercicio de la potestad fue razonable, aunque resultara ilegal, quedaría excluida en virtud de esa tolerancia la procedencia de indemnización. Claro es que esto representa un nuevo y sustancial recorte a las esencias de la responsabilidad objetiva pues ya no es que se exija un funcionamiento anormal para que el daño sea indemnizable sino que lo postulado es que no toda ilegalidad ha de considerarse como una anormalidad a efectos indemnizatorios, doctrina esta ciertamente discutible ya que pone en cuestión todo el fundamento del sistema y sobre la cual el Tribunal Supremo tiene aún mucho que discurrir y precisar.

En el período considerado, esta teoría se aplica en diversos pronunciamientos, entre los que destacamos la **STS de 27 de diciembre de 2005**, Ar. 4276. El trasfondo es la aprobación de planeamiento y posterior concesión, con base en el mismo, de licencia de apertura de unos cines, posteriormente anulada por los tribunales. Considera que:

“Junto a tal incorrecta actuación municipal ha concurrido otra serie de elementos de difícil concreción, propios de la libertad de mercado, que nos obliga a reconocer como acertado el criterio de la Sala de instancia en el sentido de que la relación de causa a efecto no ha quedado acreditada.

Por otra parte, la complejidad de la actuación municipal –quizá determinante de su propia actuación– que ha requerido, de momento, de dos sentencias de este Tribunal para tratar de clarificar la legalidad de la citada actuación, pone de manifiesto que en esta materia, la dificultosa y relativa interpretación de la normativa urbanística no siempre ha contado con criterios absolutamente unánimes, dada la extraordinaria variabilidad de las circunstancias fácticas a tener en cuenta para fijar el alcance real de muchos de sus conceptos jurídicos indeterminados; la propia doctrina se han hecho eco de esas diferencias al referirse a la doctrina jurisprudencial interpretativa que ha prevalecido en los últimos tiempos.

Por ello no cabe deducir, de la final discrepancia con el criterio seguido por la Administración municipal con su actuación urbanística y su posterior otorgamiento de la apertura de las salas de multicine en Ilumbe, la procedencia de obtener con ello una indemnización por los eventuales perjuicios sufridos con esa apertura. El criterio de la Administración no constituye sino la expresión de un punto de vista interpretativo de una disposición legal simplemente desacertado, a tenor de la doctrina jurisprudencial actual que nos ha servido de fundamento, mas nunca revelador de una actuación realizada fuera de los márgenes de una discrecional apreciación en orden a la cabal interpretación de la norma. Consecuencia de esto último habrá de ser, en todo caso, la ausencia de una lesión antijurídica irrogada al particular que pudiese justificar la indemnización de perjuicios solicitada.”

IX. Responsabilidad Administrativa

B) *Lex artis ad hoc* en los daños sanitarios

La STS de 10 de noviembre de 2005, Ar. 4135, insiste en la idea, omnipresente en la jurisprudencia y de la que hemos traído múltiples testimonios en diversos números de estas Crónicas, de que para determinar la responsabilidad por actuaciones sanitarias se exige una desviación de la *lex artis ad hoc*.

La STS de 29 de marzo de 2006, Ar. 4841, precisa, además, que no puede fijarse como criterio la existencia de un tratamiento más agresivo que pudiera haber conducido, en hipótesis, a un resultado más satisfactorio. Hay que estar, por el contrario, a la *lex artis ad hoc*, a la vista de las circunstancias del paciente y de la patología, y de acuerdo con el protocolo médico correspondiente, ponderando el tratamiento más adecuado, que no siempre es el más agresivo.

Por su parte, la STS de 29 de marzo de 2006, Ar. 5482, aclara que en los casos de vasectomía no se requiere necesariamente la práctica de dos pruebas de azoospermia, sino que basta con una que dé resultado negativo, unida a la suficiente información al paciente de la posibilidad de recanalización de los conductos deferentes. Cumplidos estos requisitos, un embarazo subsiguiente no genera la responsabilidad de la Administración. La sentencia se remite como doctrina general a la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 7799, que fue detalladamente comentada en estas Crónicas.

C) Prueba del nexo causal en los daños sanitarios

Otras sentencias tienen como nexo común la determinación del nexo de causalidad. Sobre el tema existen enfoques diametralmente opuestos acogidos en la jurisprudencia.

Dos sentencias del mismo día, SSTS de 17 de mayo de 2006, Ar. 5156 y 5159, abordan la cuestión a partir del principio de que la prueba de la desviación del nexo casual corresponde al reclamante.

En la primera de ellas, se trata del contagio de la hepatitis B. A los tres meses de una intervención comienzan los síntomas. El paciente había recibido sangre de dos donantes, que fue debidamente testada, si bien uno de los cuales se negó a repetir la prueba para determinar si estaba infectado por dicho virus. El perito procesal consideraba muy probable el hecho de que la hepatitis B fuera de carácter postransfusional ya que los análisis del paciente anteriores a la intervención no aportaron signo alguno patológico y el período existente entre el acto quirúrgico y el momento en el que afloró el cuadro hepático coincidían con el período de incubación. Añadía que, en caso de desestimarse la transfusión como causa del contagio, no quedaba otra salida que admitir que la transmisión vírica se ocasionó por manipulaciones bien preoperatorias (infecciones), operatorias (instrumental) o postoperatorias (curas). El tribunal de instancia consideró que a falta de prueba de negligencia por parte del hospital, tampoco en ninguna de esas fases, no se había acreditado el nexo causal. El Tribunal Supremo respeta esta valoración de la prueba.

En la segunda, un caso de contagio del virus de la hepatitis C, entiende también el Tribunal Supremo que el contagio por falta de higiene, bien del instrumental bien por falta de asepsia en el personal sanitario, carece de prueba alguna por parte del reclamante, de modo que teniendo en cuenta que la sangre había sido testada, no bastan las alegaciones respecto a la inexistencia de otras vías de contagio. En definitiva:

“De ello cabe concluir que no puede apreciarse, siquiera por vía indiciaria o presuntiva, la acreditación de una infección, descartada la derivada de la transfusión, por el mero hecho de haber permanecido la recurrente sometida a una intervención quirúrgica en centro sanitario público y dado que la misma no se ha ocupado siquiera de acreditar –insistimos, siquiera indiciariamente– esa supuesta falta de asepsia existente en el centro sanitario o la posibilidad de contagio por parte del personal sanitario, pues ninguna prueba ha realizado tendente a demostrar esas afirmaciones que, al carecer de cualquier base probatoria, han de ser por ello rechazadas y de lo que se infiere la inexistencia de acreditación del necesario nexo causal entre la actuación derivada de la intervención sanitaria y su mera estancia en el centro hospitalario y la infección del virus de la hepatitis C que, conforme la sentencia objeto de recurso ha declarado, no fue producida por las transfusiones realizadas.”

Ahora bien, esta solución puede contrastarse con la acogida por la **STS de 28 de marzo de 2006**, Ar. 5263, que tiene un presupuesto lamentable, el de lesiones gravísimas de un recién nacido como consecuencia de la práctica de alumbramiento con fórceps. Considera que aunque no haya quedado acreditada la existencia de incorrección en la práctica médica, ello no implica que pueda concluirse que se cumplió con la *lex artis ad hoc*, ya que la prueba de la misma correspondía a la Administración sanitaria.

“Distinta consideración merece la valoración relativa al segundo aspecto, corrección en la utilización de fórceps, pues siendo justificada la apreciación de la Sala sobre la falta de afirmación alguna en las actuaciones que permita concluir que fuera incorrectamente utilizado, circunstancia que se refleja igualmente en la referida sentencia penal firme, no lo es la conclusión a que llega seguidamente de que la actuación se ajustó a la *lex artis* y el daño es consecuencia de la técnica en sí y de la naturaleza del ser sobre el que se aplicó, pues ello significa deducir de la falta de prueba sobre la incorrección en la utilización del fórceps que dicho uso fue correcto, lo que evidentemente no constituye una conclusión lógica y cierta, por cuanto de un hecho incierto por falta de acreditación se llega a una consecuencia que sólo es posible partiendo de la certeza de aquel hecho. No puede perderse de vista al respecto, que lo que excluye la antijuridicidad del daño, como título de imputación de responsabilidad a la Administración, no es la falta de prueba de una aplicación incorrecta de la técnica utilizada sino la acreditación y certeza de que dicha actuación sanitaria ha sido correcta y ajustada a la *lex artis*.”

IX. Responsabilidad Administrativa

D) Contagio por vía transfusional del virus de la hepatitis C y del SIDA: cláusula del estado de los conocimientos y de la ciencia

Como es sabido, y ha sido expuesto profusamente en diversos números de estas Crónicas, la Ley 4/1999 introdujo en el artículo 141.1 una matización importante al establecer que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento de producción de aquéllos”. Su ubicación en dicho precepto parece configurar esta cláusula como una particularización de un caso de inexistencia de antijuridicidad, esto es, de obligación de soportar el daño, si bien no se compadece con su caracterización en la Exposición de Motivos de dicha Ley como un supuesto de fuerza mayor. En todo caso, con este nuevo precepto, que está sobre todo pensando en supuestos de asistencia médica que han dado lugar a discutibles condenas de la Administración por parte de los Tribunales, se quiere excluir la indemnización de aquellos daños que eran imprevisibles para la Administración con las disponibilidades científicas y técnicas a su disposición aunque después se produzcan avances tecnológicos que de haberse conocido hubieran evitado el resultado dañoso. Todo ello sin perjuicio de que se puedan establecer ayudas económicas para las víctimas de estos daños. Casos especialmente penosos y por todos conocidos que se encuadran en este supuesto son los contagios del virus del SIDA o de la hepatitis C por transfusiones sanguíneas realizadas en hospitales públicos con anterioridad a la fecha en que se comercializaron a nivel mundial los primeros reactivos que permitían testar la sangre.

En el período considerado, se han dictado múltiples pronunciamientos en esta materia, en que la clave se encuentra, precisamente, en la determinación de la anterioridad o la posterioridad de la transfusión respecto al momento de descubrimiento de los primeros reactivos, para descartar en el primer caso la indemnización, y afirmarla en el segundo. En el primer grupo se encuentran las SSTS de 8 de marzo de 2006, Ar. 5781; de 10 de mayo de 2006, Ar. 3959, 3963 y 5157, y de 17 de mayo de 2006, Ar. 3811, 3812, 3813 y 3815. En el segundo, las SSTS de 10 de mayo de 2006, Ar. 3271, y de 17 de mayo de 2006, Ar. 4574.

E) Suicidio de internos: alcance de la obligación de vigilancia por parte de la Administración

Uno de los supuestos tipo que da origen a una abundante casuística son los casos de fallecimiento por suicidio de detenidos, reclusos o internos en psiquiátricos. La dificultad jurídica estriba en determinar en qué medida el daño, cuya causa inmediata y directa está en la propia voluntad de la víctima, puede imputarse a la Administración. Como es sabido, hace años que el Tribunal Supremo ha hecho evolucionar su teoría de la causalidad, que ha pasado de la exigencia de una causalidad inmediata, directa y exclusiva hasta admitir causas mediatas, indirectas y concurrentes que de existir, en la teoría jurídica proclamada por el Tribunal Supremo, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración. Sin embargo, hay que señalar que, en los pronunciamientos se echa en falta, habitualmente, la aplicación de esta teoría, y se declara la obligación administrativa de indemnizar por la cuantía total del daño.

La clave radica en enjuiciar si el daño puede imputarse a la omisión de adoptar las medidas exigibles en función de los riesgos previsibles a la luz de las circunstancias del interno en cuestión, esto es, si existió un “funcionamiento anormal”. Para ello, los criterios determinantes del funcionamiento normal son, entre otros, una correcta clasificación médica del paciente –que puede alertar de las tendencias depresivas y/o suicidas–, la requisa y en su caso falta de puesta a disposición del interno de medios con los que pueda intentar quitarse la vida; una vigilancia cuya intensidad varía en función de los antecedentes médicos y psiquiátricos del interno, y una inmediata reacción una vez detectado el intento de suicidio.

Veamos dos muestras de casos de este género en el período considerado. La primera de ella concede indemnización (contra el criterio del tribunal de instancia), y la segunda la deniega.

– La **STS de 30 de mayo de 2006**, Ar. 4023, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina. El presupuesto es el del suicidio de un recluso con una cuchilla de afeitar de una maquinilla desechable. El interno estuvo sujeto a un tratamiento de sujeción mecánica porque había intentado suicidarse, y se le retiró la sujeción al apreciarse una mejoría, permaneciendo en la observación psiquiátrica durante la noche y realizando convivencia normal con los demás enfermos de la enfermería durante el día de autos, siendo observado por el interno de apoyo designado en el programa de observación. La sentencia de instancia consideró que no se apreciaba por parte de la Administración penitenciaria una falta de previsión en la adopción de medidas que hubieran podido evitar el suicidio, porque de la conducta inmediatamente anterior del interno en absoluto se podía prever esa actuación, habiéndose adoptado las prevenciones normales en el caso y circunstancias de autos. El Tribunal Supremo casa la sentencia, por entenderla contradictoria con la doctrina jurisprudencial.

– La **STS de 21 de diciembre de 2005**, Ar. 4224, considera que la Administración sanitaria no es responsable en el caso de una paciente que fue ingresada en un hospital, con un trastorno de sueño, hostilidad, agresividad con probable ánimo hipertímico y con idea delirante de grandiosidad, que forzó la ventana de la habitación y se arrojó por ella, pues la habitación en la que fue hospitalizada, a pesar de que no disponía de rejas en la ventana, estaba dotada del sistema adecuado según las Normas de Actuación de la Unidad de Salud Mental del Centro en que se produjo el suicidio, sin que se hubiera acreditado parcialmente que el sistema de seguridad tuviese defecto de conservación o deterioro o que fuese insuficiente o que la fallecida presentara antes de su internamiento hospitalario antecedentes suicidas.

F) Caídas en calles o en edificios públicos: alcance de la obligación de la Administración de conservación y mantenimiento de la seguridad de las instalaciones

La **STS de 30 de mayo de 2006**, Ar. 4024, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, se refiere a una caída en la calle al meter el pie un paseante en

IX. Responsabilidad Administrativa

un socavón en la acera de cinco centímetros. El tribunal de instancia consideró que lo insignificante de dicho socavón llevaba a concluir la inexistencia de causalidad, debiendo imputarse el tropiezo a una distracción de la víctima. El Tribunal Supremo casa la sentencia, al entenderla contradictoria con una sentencia de contraste invocada que consideró que incluso un desconchado tiene la entidad suficiente para provocar una caída. En conclusión, afirma la existencia de causalidad entre la caída y el funcionamiento de los servicios públicos municipales de pavimentación y conservación y las lesiones de la víctima “por no hallarse la acera de la calle en que transitaba en perfectas condiciones de uso”. Tiene en cuenta que en el socavón –que fue reparado inmediatamente después del accidente– cabía medio pie como consecuencia de la falta de una loseta, lo que supone una defectuosa conservación de la vía pública y la asunción de un riesgo que no tiene que sufrir la reclamante.

En el caso de la **STS de 27 de junio de 2006**, Ar. 4752, se trata de una funcionaria que cae en la escalera del edificio en que trabaja, con pavimento de mármol desgastado por los años y el uso y sin instalación de bandas deslizantes, de obligada instalación según la normativa de seguridad en el trabajo.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Compatibilidad entre pensiones e indemnización por daños

Conforme a la mejor doctrina del Tribunal Supremo, la articulación lógica del sistema de clases pasivas diseñado en el RD 1234/1990, de 11 de octubre, del de responsabilidad patrimonial debiera ser la siguiente. La pensión cubre el menoscabo patrimonial del lesionado, o, en el caso de fallecimiento, del cónyuge, los hijos o, en su caso, los padres (en ausencia de éstos y sólo cuando dependen económicamente del hijo). Ahora bien, se trata de una cantidad fijada por ley que no coincide necesariamente con el total del detrimento económico sufrido. La indemnización de ese plus de daño patrimonial respecto el fijado por la ley, así como la de los daños morales, sólo puede conseguirse a través de la acción de responsabilidad, siempre que concurren los requisitos que la determinan (en suma, que el fallecimiento derive de un funcionamiento normal o anormal del servicio, y que se trate de un daño antijurídico). De esta forma, la cantidad que pueda fijarse en concepto de indemnización por daños patrimoniales habrá de tener en cuenta la establecida en concepto de pensión, de forma que podrá estimarse que ésta cubre todo el daño patrimonial (y sólo proceda, pues, indemnizar el daño moral) o bien que la pensión no alcanza a indemnizar todo el daño patrimonial, y se conceda una cantidad a tanto alzado en este concepto. Junto a ello, habrá derecho a una indemnización por daño moral. Ahora bien, en ocasiones, el propio Tribunal Supremo ha mantenido una concepción aparentemente diversa, según la cual las pensiones extraordinarias y la responsabilidad extracontractual son plenamente compatibles, por derivar de títulos jurídicos distintos, de forma que en cada una de ellas ha de darse el principio de indemnidad. O, incluso, aun reconociendo que la pensión extraordinaria ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización, ha parecido prescindir de facto de la misma a la hora de fijar el monto indemnizatorio. Aun se complica la cuestión cuando a la pensión extraordinaria se ha sumado el cobro de un

seguro de accidentes o de vida (según el alcance del daño) suscrito por la Administración a favor del lesionado o, en su caso, de los causahabientes del fallecido. En este caso, cabría pensar que se indemnizan los daños morales, puesto que su montante es independiente de las circunstancias económicas de la víctima o de sus causahabientes, lo que se manifiesta con claridad en el caso de que sean los padres, pues éstos no han de acreditar para el cobro del seguro su dependencia económica del hijo. Por ello, y aplicando los mismos principios, parece que igualmente habría de tenerse en cuenta el montante recibido a la hora de fijar la correspondiente indemnización por daños morales. Sin embargo, en la jurisprudencia no se observa una valoración rigurosa de las diferentes partidas y un cómputo global.

La **STS de 24 de julio de 2006**, Ar. 5161, conoce de una reclamación derivada de las lesiones sufridas por un soldado al saltar una valla y tropezar cayendo al suelo en el curso de unas pruebas físicas de su unidad. Parte de la reconocida compatibilidad entre responsabilidad extracontractual e indemnizaciones previstas en el Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, y en el régimen de clases pasivas, pero el tribunal de instancia consideró que en este supuesto la indemnización concedida en aplicación del citado Real Decreto reparó integralmente los daños y perjuicios, que se ciñeron a una cicatriz de unos cinco centímetros. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la supuesta obligatoriedad de aplicar los baremos aprobados para accidentes de circulación, el Tribunal Supremo lo descarta y confirma la sentencia de instancia.

B) Efectividad del daño: renuencia a indemnizar el lucro cesante

Se observa una marcada tendencia, de la que ya hemos dado cuenta en números anteriores, al no reconocimiento de la indemnizabilidad del daño cuando consiste en un lucro cesante con un cierto carácter hipotético y difícil cuantificación, que lleva en no pocas ocasiones a pronunciamientos que juzgamos un tanto severos. Veamos algunos ejemplos.

– La **STS de 22 de febrero de 2006**, Ar. 2895, tiene como supuesto la caducidad de concesión administrativa otorgada para la explotación de vivero de marisco en el puerto de Peñíscola, dado el paso del tiempo como consecuencia de la denegación de licencias de actividad para el local necesario al efecto, denegación declarada nula por sentencia firme. La Administración había reconocido la existencia de responsabilidad, y se trataba de dirimir si se había ocasionado o no un lucro cesante, como había reconocido la sala de instancia. El criterio del Tribunal Supremo es distinto. Parte del siguiente principio:

“Como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta Sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.”

IX. Responsabilidad Administrativa

Considera que en este caso no basta afirmar su existencia y cuantificarla con dictámenes periciales, como hizo el tribunal de instancia. La mera solicitud de licencia, no seguida de actuaciones ulteriores de contratación, alquiler, compra de material, etc., le lleva a descartar la indemnización, en una apreciación que nos parece muy rigurosa, en línea con la frecuente reticencia a indemnizar el lucro cesante que hemos venido poniendo de manifiesto (y denunciando) en Crónicas anteriores:

“Se ha dicho ya que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditada la causación de un perjuicio real efectivo susceptible de valoración económica y derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, sin que en ningún caso las meras expectativas respecto al funcionamiento o desarrollo de un negocio, puedan conformar unas ganancias dejadas de obtener, que den derecho a ser indemnizadas.

Se ha expuesto también que el Tribunal a quo se limita a decir que en el caso de autos hubo lucro cesante, sin explicar las razones que le llevan a tal conclusión, asumiendo para su cuantificación un dictamen pericial que opera en un terreno puramente hipotético, remitiéndose a las ganancias que podrían obtenerse en un sector análogo al del marisco, pero refiriéndose a negocios en funcionamiento y sin hacer ninguna referencia concreta a actuaciones del Sr. Jesús Manuel que permitieran inequívocamente concluir que la actividad mercantil que el mismo supuestamente pretendía desarrollar se iba a poner efectivamente en marcha.

La conclusión a la que llega el Tribunal a quo no puede ser asumida y ello por cuanto la reclamación que efectúa el actor en la instancia, Sr. Jesús Manuel, pretendiendo que se le indemnice por lucro cesante, sólo puede reputarse fundada en meras expectativas del mismo, el cual en su propia demanda se limita a hacer una invocación genérica al lucro cesante, sin hacer ninguna precisión concreta sobre el mismo y sin alegar ni acreditar de forma alguna, la realización de actuaciones por su parte, más allá de las relativas a la solicitud de una licencia de obra, que permitieran evidenciar de forma real, que el negocio de vivero almacén de mariscos se iba a poner en funcionamiento, como hubiera podido ser la acreditación del personal contratado o el que se pensaba contratar a ese fin; sus proveedores o receptores de suministros; inversiones y gastos previstos; actividad comercial presupuestada, o en fin cualquier otra de la que racionalmente se dedujese, por un lado la voluntad inequívoca de poner en marcha el negocio, y por otro lado el posible movimiento traducido, entre otros, en gastos y ventas a realizar que permitiera deducir de forma real y no hipotética las ganancias o ingresos que hubieran podido obtenerse.

No procede en esos términos el actor en la instancia, quien se limita a reclamar sin los apoyos antes referidos, lo que él considera un lucro cesante, pero que únicamente puede reputarse como un conjunto de meras expectativas, que únicamente encuentran su soporte en un dictamen pericial, que como se ha dicho, se mueve exclusivamente en el ámbito de la hipótesis y en relación a negocios análogos, pero en funcionamiento.

Por las razones expuestas, no iniciada ni manifestada de forma inequívoca la realización de actuaciones tendentes a llevar a cabo de forma efectiva la actividad de vivero de marisco, lo

que impide que ni aun de forma aproximada, pueda hablarse de unas ganancias dejadas de obtener, debe necesariamente concluirse con la estimación del primer motivo de recurso, pues al basarse la reclamación que se efectúa en lo que no son sino meras expectativas del actor, es evidente que no concurre el requisito previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992 en su apartado 2, ni en la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, que por tanto exime de su cita, que lo desarrolla en relación al lucro cesante, precepto y doctrina jurisprudencial que deben reputarse vulnerados por la Sala de instancia.”

– La STS de 14 de febrero de 2006, Ar. 2780, tiene como presupuesto la construcción de un puerto que produce como efecto una fuerte erosión de una playa por desviación de las corrientes marinas de aportación de áridos al litoral –circunstancia esta reconocida por la Administración, que había posteriormente elaborado y ejecutado planes de reconstrucción de dicha playa– con la consiguiente desvalorización de los terrenos colindantes propiedad del reclamante. La sentencia de instancia había considerado que había una concurrencia de causas, ya que los daños no derivaban sólo de la construcción del puerto. El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que como los daños se ocasionaron a las playas, y no a los terrenos del reclamante, no puede hablarse de daño efectivo y evaluable económicamente producido específicamente en los terrenos de propiedad de la reclamante. Considera que:

“Se ha dicho ya que los daños de haberse producido con la construcción del puerto se habrían generado en las playas colindantes con los terrenos de la actora en la instancia. Pero de tales daños en las playas no pueden derivarse ni considerarse producidos otros daños efectivos en los terrenos de Playas del Sur de Cambrils y ello por cuanto en ningún caso el propietario de unos terrenos tiene como derecho inherente a tal propiedad, la inalterabilidad de los terrenos limítrofes y más cuando éstos como ocurre con las playas son bienes de dominio público marítimo terrestre tal y como establece el artículo 3 de la Ley de Costas 22/1988 y por tanto sometidos al régimen previsto en aquella Ley.

Pero ya no es sólo que el propietario de un terreno no tenga derecho a la inalterabilidad de los terrenos limítrofes, en este caso las playas, bienes de dominio público marítimo terrestre, sino que además en el caso de autos la petición de la actora en la instancia se base en considerar que como consecuencia de esa desaparición de las playas, se estarían perjudicando, lo que son sólo y exclusivamente posibles expectativas que trata de deducir de la ubicación de sus terrenos en cuanto limítrofes con las playas.”

– En la STS de 4 de noviembre de 2005, Ar. 4133, una mala praxis sanitaria lleva a la baja laboral del propietario de una empresa familiar de artes gráficas, que le lleva a cerrar el negocio. El Tribunal Supremo considera que la reclamación por lucro cesante no está justificada, ya que el recurrente continuó trabajando después de producirse las lesiones y porque, en todo caso, no acreditó que dicho negocio no pudiera continuar sin la contratación del trabajo de otra persona.

Como contraste, con las sentencias anteriormente expuestas, traemos la STS de 10 de noviembre de 2005, Ar. 4136, que reconoce el derecho a indemnización a un reclamante

IX. Responsabilidad Administrativa

que cerró su empresa, que se encontraba ya en declarada situación de crisis, al entender que contribuyó al cierre un embargo de bienes y un intento de embargo de créditos que supuso un descrédito respecto a la solvencia del empresario y a sus relaciones con los clientes. Se entiende que hay una concurrencia de causas al cincuenta por ciento y a partir de un informe pericial se valora la empresa y se reconoce el derecho a indemnización.

4. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Existencia de error judicial: indemnización procedente

La STS de 11 de abril de 2006, Ar. 3623, es uno de esos casos excepcionales en que se reconoce la existencia de error judicial. En concreto, se trata de la denegación ilegal del ascenso de un militar, en vía administrativa pero también judicial, por entender la sentencia incurso en error que no se había acreditado el pase previo del militar a la reserva, como era exigido por la normativa militar, siendo así que en otro punto de la sentencia sí se entiende acreditado este hecho y obra en documento público en el expediente judicial.

B) Prisión preventiva y funcionamiento anormal por retraso judicial

La *ratio decidendi* de los tres pronunciamientos que reseñamos a continuación radica, en primer lugar, en la distinción entre inexistencia subjetiva que da derecho a indemnización por los daños derivados de la prisión preventiva padecida, y absolución por falta de pruebas con base en el principio de presunción de inocencia, que no da derecho a indemnización. A estos efectos, la absolución por falta de pruebas subsiguiente a una declaración de ilegalidad de escuchas telefónicas inculpatorias se encuadra en el segundo supuesto. En segundo lugar, y desde la óptica del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, revelan cómo para apreciar la existencia de un retraso anormal generador del derecho a indemnización, hay que estar a las circunstancias de cada caso.

— La STS de 15 de marzo de 2006, Ar. 5236, en un caso de prisión provisional por delito de cohecho, en que uno de los imputados fue absuelto por no quedar acreditada su participación, tras declararse ilegales las escuchas telefónicas que lo inculpaban, considera que no se trata de un caso de inexistencia objetiva ni subjetiva. Sí considera que ha habido anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, al prolongarse diez años el proceso judicial, duración no justificada en este caso ni por la naturaleza del delito, ni por el número de acusados, ni por su actuación durante el riempo en el que el proceso estuvo abierto, ni por las pruebas a efectuar. Además, en línea con su doctrina jurisprudencial consolidada, considera —contra lo estimado por la instancia, que no había entendido acreditada la existencia de un daño moral— que en estos casos la existencia de daño moral no necesita prueba.

— La STS de 5 de abril de 2006, Ar. 5319, en el caso de una persona acusada de tráfico de drogas y después absuelta, al que la policía detuvo en una estación de autobuses junto a otro sujeto también imputado y condenado, considera que no hubo inexistencia subjeti-

va sino absolución por falta de pruebas con base al principio de presunción de inocencia. En este caso, además, no estima que exista retraso injustificado ya que el reclamante hubo de ser declarado en rebeldía, y teniendo en cuenta la gran complejidad del proceso por la naturaleza del delito y por el hecho de ser once los procesados.

– La **STS de 25 de mayo de 2006**, Ar. 5160, en un caso de tráfico de drogas, considera que un imputado, que es absuelto al declararse ilegales las escuchas telefónicas en que se basaba la acusación, que eran la prueba de cargo contra él, considera asimismo que no se trata de un caso de inexistencia subjetiva sino de absolución basada en el principio de presunción de inocencia.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

X. **FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

1. Cuestiones generales. A) Es nulo el reglamento ejecutivo elaborado sin contar con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Decreto de reestructuración de servicios sanitarios y de aprobación de relación de puestos de trabajo. **2. Gestión de los recursos humanos. Relaciones de puestos de trabajo.** A) Modificación de relación de puestos de trabajo que establece la adscripción a puestos de trabajo de distinto municipio. a) Es necesario el consentimiento del funcionario afectado. b) No es necesario el consentimiento de los funcionarios afectados. B) No procede el sistema de libre designación para la provisión de un puesto de trabajo si no se acredita la “especial responsabilidad” de sus tareas. **3. Acceso.** A) No pueden formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional los profesores de los cuerpos docentes universitarios que se encuentran en excedencia por prestar servicio en una Universidad privada. B) Los profesores eméritos pueden formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional, pero no pueden presidir las mismas. C) Es discriminatoria la falta de consideración de la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en la Administración Pública de otro Estado miembro. **4. Carrera administrativa. Integración en el Grupo A de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional de la Subescala de Secretaría-Intervención pertenecientes al Grupo B. Adecuación normativa de los requisitos establecidos por el Real Decreto 834/2003.** **5. Derechos laborales: Vacaciones.** A) La funcionaria tiene derecho al disfrute de sus vacaciones una vez terminada la baja por maternidad. B) El funcionario suspendido provisionalmente no tiene derecho al disfrute de sus vacaciones por compensación económica. **6. Derecho al cambio de puesto de trabajo por motivos de salud.** A) Su reconocimiento exige la previa declaración de incapacidad permanente total o parcial. **7. Derechos colectivos: Derecho a la libertad sindical.** A) No ampara sin más el cese del funcionario afiliado nombrado por libre designación. **8. Negociación colectiva.** A) Los límites retributivos fijados por las normas estatales presupuestarias resultan también

aplicables a las Diputaciones Forales Vascas. B) No puede ser fruto de la negociación el establecimiento de procesos de funcionarización distintos a los legalmente previstos. C) Los beneficios económicos que puedan ser calificados como medidas asistenciales pueden ser objeto de negociación colectiva funcional. D) La Corporación municipal carece de competencias para negociar sobre las licencias, permisos y vacaciones. **9. Derechos económicos: complemento específico.** A) Con independencia de lo previsto en las Relaciones de Puestos de trabajo, la equiparación de funciones ha de llevar aparejada la equiparación de complementos retributivos. B) La comparación retributiva no debe establecerse con el Cuerpo funcional sino con las condiciones de trabajo de otro puesto similar. **10. Complemento de productividad.** A) Su devengo no tiene carácter anual, sino que ha de ir en relación con el tiempo de trabajo efectivamente desarrollado. **11. Régimen disciplinario.** A) Principio de tipicidad. a) El depósito por un profesor de soportes informáticos de contenido sexual en un centro docente es constitutivo de atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración. b) Falta grave de consideración con los administrados. Funcionario docente que disponía de imágenes de contenido sexual al alcance de los alumnos. B) La superación del plazo de duración del procedimiento disciplinario determina la caducidad del mismo.

1. CUESTIONES GENERALES

A) Es nulo el reglamento ejecutivo elaborado sin contar con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Decreto de reestructuración de servicios sanitarios y de aprobación de relación de puestos de trabajo

La STS de 5 de octubre de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6483, anula el Decreto 87/1997, de 1 de julio, del Consejero de Gobierno de la Junta de Extremadura, por el que se realizaba la reestructuración en los servicios de farmacia de las estructuras sanitarias de atención primaria y de aprobación de la relación de puestos de trabajo del personal sanitario al servicio de la sanidad local de la Consejería de Bienestar Social, dictado en desarrollo de la Ley 3/1996, de 26 de junio, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

X. Función Pública

El citado Decreto es nulo por haber sido aprobado sin el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, que exige la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, cuando se trate de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes. En este caso, el carácter ejecutivo e innovador del Decreto impugnado deriva no sólo de las declaraciones efectuadas en tal sentido por la Exposición de Motivos del mismo y por la Comunidad Autónoma, sino del propio objeto de la norma. Según señala la Sala, el Decreto 87/1997, en la medida en que completa, desarrolla y pormenoriza una previsión concreta de la Ley 3/1996, y afecta con vocación de permanencia a los derechos, deberes y régimen de compatibilidades de ciertos funcionarios, que además ven alterado su ámbito territorial y funcional de actuación, es un Decreto ejecutivo de la citada Ley 3/1996, que innova el ordenamiento y por ello estaba sujeto a la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado.

2. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS. RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Modificación de relación de puestos de trabajo que establece la adscripción a puestos de trabajo de distinto municipio

a) Es necesario el consentimiento del funcionario afectado

Así se pronuncia la STSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 294054, que al enjuiciar el recurso contra el Decreto 45/2004, de la Consejería de Presidencia de Extremadura, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo del personal de la Consejería de Medio Ambiente y Agricultura, adscribiendo algunos puestos de trabajo a otros municipios. Según la STSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 2006, la LMRFP –tras la redacción dada por la Ley 14/2000– condiciona la legitimidad de los cambios de domicilio a la prestación de consentimiento por los afectados, con independencia de que dicho consentimiento se produzca de forma tácita o con posterioridad a la modificación de la relación de puestos de trabajo.

b) No es necesario el consentimiento de los funcionarios afectados

A diferencia de lo señalado por la Sentencia citada en el apartado superior, la STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 268142, que resuelve el recurso contra el Decreto 62/2005, de 12 de mayo, que modifica la estructura orgánica y la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, respecto de la adscripción de puestos de trabajo a otras unidades o centros que suponga cambio de municipio, estima que no cabe sino concluir que las previsiones del artículo 61.1 del RD 364/1995 relativas al consentimiento del afectado han quedado tácitamente derogadas, ya que sucesivas normas con rango de Ley han venido a dejar sin efecto lo previsto en dicha norma reglamentaria. Tanto la Ley 16/1996, como la Ley 14/2000, han venido a poner de manifiesto que el cambio de

domicilio no exige el consentimiento expreso del funcionario, de tal manera que dicho cambio, expresión de las potestades autoorganizativas de la Administración, sólo da derecho al cobro por el afectado de las indemnizaciones procedentes por traslado forzoso en territorio nacional.

B) Es nula la previsión por las relaciones de puestos de trabajo del sistema de libre designación para la provisión de un puesto de trabajo sin acreditar la “especial responsabilidad” de las tareas a desempeñar

La STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 797, estima en parte el recurso interpuesto contra el Decreto 62/2005, de modificación de la estructura orgánica y de la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte del Gobierno de Cantabria, y anula la disposición de este último relativa a la provisión del puesto de Jefe de Servicios Culturales mediante el sistema de libre designación.

A juicio de la STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2006, la Administración no ha motivado adecuadamente la elección del sistema de libre designación para la provisión del mencionado puesto de trabajo, pues, si bien en la Memoria de la relación de puestos de trabajo se alude a las tareas propias del puesto de trabajo en cuestión (dirección y coordinación en la elaboración de los presupuestos, además de tareas de revisión y control de los mismos), de la enumeración de las mismas no deriva la especial responsabilidad que justifique la provisión por libre designación, ya que, en definitiva, el jefe de servicios culturales carece de funciones decisorias y ejecutivas en materia presupuestaria.

3. ACCESO

A) No pueden formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional los profesores de los cuerpos docentes universitarios que se encuentran en excedencia por prestar servicio en una Universidad privada

Tal como ha señalado el Tribunal Supremo en alguna ocasión precedente es legítima la exigencia de que los miembros de las Comisiones de Habilitación Nacional sean funcionarios docentes que se encuentren en servicio activo o en situación similar.

La STS de 25 de octubre de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6598, declara que el funcionario que se encuentra en situación de excedencia deja en suspenso la relación de servicio que le vinculaba con una universidad pública y queda desvinculado de la actividad docente pública. Por esta razón, los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios en excedencia por servicios en una universidad privada se encuentran en una situación diferente a la de los docentes en servicio activo en la docencia pública, de modo que la imposibilidad de formar parte de las citadas Comisiones no supone discriminación alguna para los afectados.

X. Función Pública

En el mismo sentido, véase la STS de 25 de octubre de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6599.

B) Los profesores eméritos pueden formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional, pero no pueden presidir las mismas

En aplicación del Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos, la SAN de 30 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 267421, señala que los profesores eméritos pueden formar parte de dichas comisiones como excepción a la regla general que determina que han de ser funcionarios en activo, si bien limita el número de eméritos que pueden integrar dicha comisión, uno como máximo.

Sin embargo, el artículo 6.5 del citado Real Decreto dispone 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”. Por ello, no cabe duda para la Sala de que el recurrente, en su condición de Catedrático emérito, si bien puede ser nombrado miembro de la Comisión, no puede ser Presidente o Secretario de la misma, pues, tras su jubilación, no ostenta ya la condición de funcionario (artículo 37 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), de forma que la relación que le une con la Universidad no es funcional sino contractual (artículo 54 de la LO 6/2001).

C) Es discriminatoria la falta de consideración de la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en la Administración Pública de otro Estado miembro

No puede admitirse la negativa de una Administración Pública a reconocer la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas por los nacionales comunitarios en el ejercicio de una actividad comparable en la Administración Pública de otro Estado miembro, alegando que el desempeño de tal actividad no ha estado precedido de la superación previa de un concurso público, ya que no todos los Estados miembros de la Unión proveen todas las plazas del sector público mediante el citado sistema de concurso público. En consecuencia, es discriminatoria la falta de consideración por una Administración Pública de los períodos de actividad comparable en el sector público de otro Estado Miembro realizados por personas seleccionadas según los requisitos establecidos en ese otro Estado.

Por ello, la STJ de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006, Sala Segunda, Ar. 314, declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones derivadas de los artículos 39 TCE y 7.1 del Reglamento (CEE) 1612/1968, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, por no haber reconocido a un nacional comunitario, vinculado mediante contrato de trabajo a un “Comité de asistencia escolar italiana”, la experiencia profesional y la antigüedad

adquiridas por el desempeño de tareas docentes comparables en una escuela pública francesa.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA. INTEGRACIÓN EN EL GRUPO A DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL DE LA SUBESCALA DE SECRETARÍA-INTERVENCIÓN PERTENECIENTES AL GRUPO B. ADECUACIÓN NORMATIVA DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL REAL DECRETO 834/2003

En el marco del proceso general de racionalización y de las previsiones que establece la LRBR, la Disposición Adicional Única del Real Decreto 834/2003 (después derogada por el Real Decreto 522/2005) determinó la integración en el Grupo A de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la Subescala de Secretaría-Intervención, siempre que dichos funcionarios estén en posesión de una titulación superior, que cuente con un mínimo de dos años de antigüedad en dicha subescala y que superen el concurso-oposición que se convoque al efecto. Respecto de los funcionarios pertenecientes a la citada subescala que no cumplan alguno de los dos primeros requisitos mencionados, la Disposición Adicional Única del RD 834/2003 declara que quedarán incluidos como categoría a extinguir en grupo B, conservarán sus derechos económicos y estarán habilitados para desempeñar puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación de carácter nacional en las mismas condiciones que los funcionarios integrados en la Subescala de Secretaría-Intervención.

El Colegio territorial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Segovia impugnó dicha Disposición alegando que vulneraba los artículos 14, 23.2 y 103 CE y el principio de reserva de ley. La STS de 13 de octubre de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6648, no aprecia ninguna de las vulneraciones aducidas por el recurrente. En primer lugar, señala la Sala que no resulta discriminatorio condicionar la integración en el grupo A a la posesión de una titulación universitaria superior. Igualmente, la Sala rechaza los reproches de falta de objetividad, de racionalidad y de coherencia de la titulación exigida para integración en la Subescala en cuestión.

Respecto de los funcionarios que no posean la titulación o la antigüedad exigida, entiende la STS de 13 de octubre de 2006 que concurre una clara diferencia que justifica el distinto trato que reciben, sin perjuicio de su posible integración en el Grupo A, si con posterioridad reuniesen los requisitos exigidos. En consecuencia, el Tribunal no aprecia motivo alguno por el que la Disposición controvertida lesione el derecho a acceder y permanecer en la función pública conforme a las Leyes, ni el artículo 103 CE, pues no existe derecho a la integración automática en el grupo A, sin exigencias de titulación determinada, de antigüedad, ni de proceso de verificación de las capacidades profesionales.

Asimismo, la Sala estima que el Real Decreto combatido se ha movido dentro de los límites de la Ley habilitante.

5. DERECHOS LABORALES. VACACIONES

A) La funcionaria tiene derecho al disfrute de sus vacaciones una vez terminada la baja por maternidad

La STC 324/2006, de 20 de noviembre, ha concedido el amparo solicitado por la funcionaria recurrente y ha anulado la sentencia que denegó el disfrute de sus vacaciones una vez terminada la baja por maternidad por considerar que ello supone una discriminación directa por razón de sexo. La Sentencia había justificado la denegación en el límite temporal dispuesto en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 2003-2004, que establece que las vacaciones “se disfrutarán por los empleados públicos de forma obligatoria dentro del año natural y hasta el quince de enero del año siguiente”.

Las vacaciones cumplen una función íntimamente ligada a la permanencia en el puesto de trabajo. Tanto es así, que el número de días de vacación aparece de manera general vinculado siempre a los de días de duración de la relación laboral. Ahora bien, ello no impide, según el Tribunal, que por razones organizativas puedan establecerse limitaciones temporales a su disfrute ni caracterizarlas como un derecho sometido a plazos de ejercicio y caducidad. De ese modo, en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas.

No obstante, en el caso concreto, la funcionaria experimentó un perjuicio laboral a causa de su embarazo y posterior maternidad. “Una restricción de derechos que podría resultar constitucionalmente legítima si trae origen en causas de fuerza mayor, como es la enfermedad del trabajador, resulta vetada si se anuda a una causa tan íntimamente unida con el sexo como es la maternidad (STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 4º). La baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad. Por ello las bajas laborales por esta causa son diferentes de las que se deben a una enfermedad. El carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las vacaciones —e incluso su pérdida— en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente”.

Aunque ciertamente el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, toda vez que, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia Merino Gómez, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, “cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad”, y ha de ser así incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones.

B) El funcionario suspendido provisionalmente no tiene derecho al disfrute de las vacaciones por compensación económica

La SAN de 29 de noviembre de 2006, Ar. 292786, ha revocado la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo que había declarado el derecho del funcionario recurrente a disfrutar por compensación económica de las vacaciones correspondientes que no habían podido ser disfrutadas como descanso efectivo por hallarse en la situación administrativa de suspensión provisional de funciones, como consecuencia de la apertura de un expediente disciplinario que después fue archivado.

La Sentencia interpreta que el artículo 68 de la Ley de Funcionarios del Estado exige que la prestación de servicios sea efectiva, o lo que es lo mismo, que el funcionario trabaje, lo que no es asimilable a aquellas situaciones administrativas en que, aun estando en servicio activo, no existe tal prestación de servicios. Se trata de un derecho que se concibe para ser disfrutado *in natura*, y que tiene la finalidad de que el trabajador se libere durante un cierto período de tiempo de las tareas diarias en su aspecto físico y mental, y por ello se desnaturaliza si ese derecho se convierte sin más en un mero mecanismo retributivo.

Aunque la Sala reconoce que es de justicia que se compense económicamente a quien no pudo disfrutar de sus vacaciones por causas a él no imputables dentro del año natural, en este caso concreto el funcionario no acudió al trabajo porque la relación de empleo estaba suspendida. Si durante ese período de tiempo no se trabajó, no parece lógico reclamar el derecho al descanso anual. A mayor abundamiento, concluye la Sala que tampoco se podría considerar que se produce una apropiación injustificada del esfuerzo del trabajo del funcionario ni que la Administración incurra en un enriquecimiento injusto, porque al no existir prestación de trabajo, no puede hablarse de apropiación injustificada del esfuerzo, que ha sido inexistente, y por tanto, tal enriquecimiento injusto no se produce.

6. DERECHO AL CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO POR MOTIVOS DE SALUD**A) Su reconocimiento exige la previa declaración de incapacidad permanente total o parcial**

La STSJ de La Rioja de 18 de julio de 2006, Ar. 577, ha estimado el recurso interpuesto frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño, que había reconocido el derecho de la funcionaria demandante a que se le cambiara de puesto de trabajo. Se daba la circunstancia de que la funcionaria no tenía declarada una incapacidad permanente ni total ni parcial cuando solicitó el cambio del puesto, sino que tan sólo había presentado un informe médico donde constaba que padecía una limitación para el habla prolongada. La Administración denegó directamente su solicitud sin tramitarla dado que faltaba el requisito básico de la declaración de incapacidad y el Juzgado reconoció el derecho de la funcionaria al cambio del puesto solicitado.

X. Función Pública

La Sala aplica el Acuerdo-Convenio para el personal funcionario al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que para el reconocimiento de dicho derecho requiere, entre otros requisitos, la previa declaración de incapacidad permanente total o parcial, así como la existencia de un puesto vacante adecuado y compatible con el estado de incapacidad reconocido. Exige además el cumplimiento de un procedimiento en el que ha de intervenir tanto el Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base, como el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. El TSJ finalmente ha revocado la sentencia recurrida y ha condenado a la Administración a tramitar el procedimiento recogido en el mencionado Acuerdo.

7. DERECHOS COLECTIVOS. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

A) No ampara sin más el cese del funcionario afiliado nombrado por libre designación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2006, Ar. 258656, ha desestimado el recurso planteado por la funcionaria recurrente, que había sido cesada en su puesto de trabajo como Jefe de Servicios de Residuos Sólidos. Aunque se trataba de un puesto de libre designación, y por tanto el cese no requiere de expediente contradictorio ni motivación explícita, la Sala aplica la doctrina sentada por el TS a propósito del vicio de desviación de poder y pasa a analizar si en el caso concreto el cese esconde una presunta vulneración del derecho a la libertad sindical.

Aplicada la doctrina al caso enjuiciado, los indicios aportados por la recurrente en modo alguno hacen pensar que el cese se ha producido como represalia por estar afiliada a un sindicato, máxime teniendo en cuenta que la apelante “no es representante sindical, es únicamente afiliada, como tantos otros trabajadores y funcionarios, no siendo esta característica algo que pueda o deba interpretarse en sentido peyorativo, y menos si hablamos del personal funcionario; por otro lado, no se nos dice desde cuándo tenía esta condición o era afiliada, pudiendo estar o tener la misma condición cuando fue designada para el cargo; dice que mantenía esta condición oculta, ignorando si a pesar de callárselo era sabido o no por quien la designó”. En definitiva, los indicios aportados en modo alguno justifican la presunción de cese arbitrario o por motivos contrarios a la libertad sindical.

8. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Los límites retributivos fijados por las normas estatales presupuestarias resultan también aplicables a las Diputaciones Forales Vascas

La STS de 6 de noviembre de 2006 ha confirmado la anulación del Acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya regulador de las condiciones de trabajo de sus funcionarios en la medida en que habían previsto un incremento retributivo superior al fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997. Aunque el tema no es en modo alguno nuevo, en este caso la Diputación había cuestionado que se le aplicara sin más la inconcusa jurisprudencia fijada al respecto dada la singularidad de los territorios históricos, todo

ello al considerar que, desde el punto de vista de la autonomía financiera y en materia de gasto, su régimen jurídico es próximo o asimilable al de las Comunidades Autónomas.

El Tribunal, sin embargo, considera que también resulta enteramente trasladable a las diputaciones forales aquella doctrina constitucional en la que se afirma que, desde el punto de vista competencial, nada cabe objetar a que el Estado adopte en la Ley de Presupuestos un determinado límite retributivo pues, “si allí se afirma que ello no constituye un quebranto del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, lo mismo cabe decir con respecto a las diputaciones forales”. Más aún, el Tribunal recupera la doctrina contenida en reciente STC 222/2006, de 6 de julio, de la que dimos cuenta en números anteriores de esta Revista, en la que se declara expresamente que quedan afectadas por aquella limitación retributiva “las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los organismos de ellas dependientes” quedando también comprendidos en ese enunciado los Vicepresidentes, los Consejeros y todos los altos cargos de la Administración del País Vasco, de manera que sólo el *Lehendakari* queda excluido de la esfera objetiva de la congelación retributiva. Aunque la sentencia no se refiere específicamente a las diputaciones forales, “nada hace pensar que puedan éstas considerarse excluidas o desvinculadas de aquella limitación, y, por el contrario, debe concluirse que le son enteramente trasladables las consideraciones que allí se hacen respecto de la Administración de las Comunidades Autónomas”.

B) No puede ser fruto de la negociación el establecimiento de procesos de funcionarización distintos a los legalmente previstos

Aunque la STS de 28 de julio de 2006 ha estimado parcialmente el recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Granada contra la STSJ de Andalucía que había anulado la totalidad del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de su personal, ha confirmado la ilegalidad de determinados preceptos del Acuerdo. Así sucede con el artículo 12 del Acuerdo, que supone una infracción de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984, en la medida en que extendía el proceso de funcionarización a un colectivo de personal laboral de la Diputación más amplio que el regulado en aquélla. El Acuerdo reconocía este proceso a cualquier laboral que se halle en la situación de desempeñar puestos reservados a funcionarios “a la entrada en vigor de este Acuerdo” y no lo circunscribe al contingente de personal laboral más reducido que establece la mencionada disposición: al personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio, se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios. Y ello porque no sólo han de respetarse los requisitos profesionales, de titulación y de puesto desempeñado que han de ser reunidos por quienes aspiren a ese acceso, sino también ha de observarse ese límite temporal que la ley establece en orden a la situación especial que toma en consideración para permitir el singular acceso del que se viene hablando.

X. Función Pública

C) Los beneficios económicos que puedan ser calificados como medidas asistenciales pueden ser objeto de negociación colectiva funcionarial

Tal como acabamos de mencionar, la STS de 28 de julio de 2006 ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Granada y ha reconocido la legalidad de determinados preceptos del Acuerdo regulador que habían sido inicialmente anulados por la STSJ de Andalucía. Así ha ocurrido con el artículo 48 del Acuerdo, que había previsto un premio para los funcionarios que voluntariamente se jubilaran entre los 60 y los 65 años de edad; con el artículo 49 por el que la Diputación concertaba un seguro colectivo de vida que amparaba determinadas cantidades en los supuestos de muerte natural, enfermedad profesional, invalidez absoluta y fallecimiento por accidente, y, por último, con el artículo 54 por el que se instituye un Fondo Social para los fines de ayuda de estudios, plan de pensiones, arreglos bucales y premio de constancia.

Estos preceptos habían sido anulados inicialmente por considerarlos contrarios a la estructura retributiva prevista en el artículo 23 de la Ley 30/1984. La Sala del TS, no obstante, parte de la consideración de que los beneficios funcionariales reconocidos en esos artículos no merecen la consideración de retribuciones. Así, por lo que se refiere al seguro colectivo y a la aportación a un Fondo Social, aunque en ambos casos se trata de aportaciones económicas de la Diputación que están destinadas a atender determinadas necesidades, no son una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica. Por lo cual, carece de justificación atribuir a estos desembolsos la consideración de “retribuciones” y es más adecuado calificarlas de medidas asistenciales, que son perfectamente susceptibles de negociación conforme a lo dispuesto en el apartado k) del artículo 32 de la Ley 9/1987.

Algo similar sucede con el artículo 48 del Acuerdo al regular la jubilación voluntaria incentivada mediante la previsión de una cantidad variable, fijada en función del tiempo que le falte al funcionario para alcanzar la edad de 65 años, que se entregará a quienes decidan jubilarse voluntariamente entre los 60 y 65 años de edad. Y ello porque tampoco aquí cabe hablar de retribución y porque, a mayor abundamiento, la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 30/1984 habilita a las Corporaciones locales para establecer incentivos a la jubilación anticipada como sistema de racionalización de sus recursos humanos.

A una solución bastante más matizada ha llegado, no obstante, la STSJ de Cantabria de 27 de octubre de 2006, Ar. 277761, que ha anulado las disposiciones contempladas sobre incentivos de jubilación en un Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de un Ayuntamiento. El Acuerdo había establecido en el polémico precepto que “Los trabajadores con menos de sesenta y cinco años que voluntariamente soliciten su cese para jubilarse y tengan como mínimo diez años de antigüedad efectiva, tendrán derecho a una indemnización en la cuantía mínima que se fija en la siguiente escala (...)”. Aunque reconoce que el argumento de la jubilación anticipada se fundamenta en la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 30/1984, considera la Sala que la

jubilación anticipada sólo puede ser acordada como parte de un plan de empleo dentro de un programa de racionalización de recursos humanos para la adecuación de la plantilla a las necesidades del organismo.

Basta la mera lectura del precepto para comprender que su aplicación exige la adopción previa por parte de la Corporación Local de un sistema de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades. A la luz de este criterio, no cabe sino concluir la inexistencia de esta “previa racionalización”, que sólo puede operar como presupuesto de la previsión convencional y no como una consecuencia que la ampare a posteriori.

D) La Corporación municipal carece de competencias para negociar sobre las licencias, permisos y vacaciones

La STSJ de Cantabria de 27 de octubre de 2006, Ar. 277761, ha anulado varios preceptos del Acuerdo Regulador del Personal funcionario de un Ayuntamiento de Cantabria por considerarlos contrarios a la Ley. En concreto, había dispuesto en materia de permisos, vacaciones y licencias un régimen distinto al establecido en la normativa autonómica. Entiende el Tribunal que es la propia ley la que directamente establece cuál es el régimen aplicable en tales puntos, sin que el mismo pueda a ser desplazado o alterado a través del pacto. No constituye infracción del ordenamiento jurídico la mera reproducción por parte de la Administración local de la normativa vigente en la Comunidad Autónoma, si bien tal reproducción impide que bajo tal pretexto, puedan introducirse innovaciones o modificaciones sobre tal régimen normativo. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional la que señala que el mandato expreso de una norma con rango de ley no puede desconocerse o modificarse en virtud de la negociación colectiva, siendo así que, las Corporaciones locales carecen de potestad normativa para regular el régimen (estatutario y de configuración legal) de sus funcionarios públicos, pues tal potestad compete, según el artículo 92.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, a la ley estatal o autonómica en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

A mayor abundamiento, y como tempranamente señalara el TS en su Sentencia de 14 de octubre de 1996, “en la normativa rectora de la negociación colectiva de los funcionarios públicos no tiene cabida una posible negociación colectiva del régimen funcional contraria a una norma legal vigente, ni la mejora del régimen legal por la negociación colectiva (a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva laboral)”. Esta argumentación permite a la Sala concluir que “el régimen de permisos de los funcionarios, no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica y supletoriamente por la estatal, careciendo así la Corporación Municipal de competencia para acordarlo con los representantes sindicales de los funcionarios”.

9. DERECHOS ECONÓMICOS. COMPLEMENTO ESPECÍFICO

A) Con independencia de lo previsto en las Relaciones de Puestos de trabajo, la equiparación de funciones ha de llevar aparejada la equiparación de complementos retributivos

La STS de 19 de julio de 2006, Ar. 4648, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Cataluña, que estimó el derecho de los funcionarios recurrentes, controladores laborales, a que se les asignara un nivel 22 y los complementos objetivos correspondientes. El hecho básico apreciado para ello fue que en la Relación de Puestos de Trabajo, y en lo que se refiere a los Controladores Laborales, había dos grupos distintos: uno con el nivel 22 y otro con el nivel 18. Sin embargo, quedó acreditado tras valorar pruebas incorporadas a la causa que los Controladores Laborales adscritos a la Dirección Provincial donde estaba destinada la parte actora, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, realizaban exactamente las mismas funciones y cometidos y asumían las mismas responsabilidades, sin que existiera ninguna instrucción, circular, nota, orden o similar que estableciera criterios de diferenciación, en cuanto a las funciones o en cuanto a cualquiera de los otros aspectos del desempeño del puesto de Controlador Laboral, derivada del distinto nivel de Complemento de Destino.

La consecuencia jurídica ha de ser, pues, la equiparación retributiva en cuanto al complemento de destino, al complemento específico e incluso a otros eventuales complementos que pudieran percibir los Controladores Laborales de nivel 22. Exactamente a la misma conclusión llegó la STS de 19 de julio de 2006, Ar. 5908, aunque esta vez a propósito de los Inspectores de Trabajo de la Diputación de Barcelona, que podían pertenecer a dos grupos de diferente nivel, uno tenía atribuido el nivel 26 y otro el nivel 25. También en este caso quedó acreditado que, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, realizaban exactamente las mismas funciones y cometidos y asumían las mismas responsabilidades, sin que existiera ninguna razón objetiva para establecer tal diferenciación.

B) La comparación retributiva no debe establecerse con el Cuerpo funcional sino con las condiciones de trabajo de otro puesto similar

El funcionario recurrente, que pertenecía al cuerpo de conductores del parque móvil ministerial y tenía destino en la Subdelegación del Gobierno en Palencia, solicita un aumento en la cuantía del complemento específico, alegando que desempeña los mismos cometidos que otros conductores del Ministerio de Hacienda. La STSJ de Castilla y León de 12 de septiembre de 2006, Ar. 258302, desestima su 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 que ser las mismas de cara a definir la penosidad, especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad y peligrosidad de unos y otros puestos. A mayor abundamiento, 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 Funcionario o el Ministerio al cual los conductores quedan adscritos, sino con las condiciones de trabajo de otro puesto similar incardinado en un servicio periférico perteneciente al Ministerio de Hacienda.

En un sentido similar, aunque por referencia en este caso al Grupo de titulación, se ha pronunciado la **STSJ de Asturias de 5 de julio de 2006**, Ar. 252950, que ha desestimado la solicitud de la funcionaria recurrente de que le fuera reconocido un mayor complemento específico. La recurrente había fundamentado su pretensión en una situación discriminatoria con relación a otros funcionarios del Grupo B. La Sala ha rechazado su pretensión por cuanto precisamente la infracción del principio de no discriminación, aplicado al caso de autos, supondría que efectivamente dos funcionarios que tienen la misma categoría profesional, que pertenecen al mismo grupo profesional, y que desempeñan iguales funciones, en principio deberían tener la misma retribución, salvo que se alegue y se pruebe que existe una razón objetiva y suficiente como para aplicar un trato retributivo distinto a lo que son dos situaciones iguales. Es evidente, a juicio de la Sala, que el margen de discrecionalidad del que gozan las corporaciones a la hora de fijar el complemento específico aplicable a cada puesto de trabajo no puede utilizarse como referencia obligada para imponer a otra Corporación su mismo criterio.

10. COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD

A) Su devengo no tiene carácter anual, sino que ha de ir en relación con el tiempo de trabajo efectivamente desarrollado

La **STS de 3 de julio de 2006**, Ar. 3751, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Castilla-La Mancha, que había reconocido el derecho del funcionario recurrente a recibir el complemento de productividad.

Se daba la circunstancia de que la Administración había aplicado una Resolución de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de 15 de diciembre de 1993 que disponía que “la regularización no afectará al personal que, en la fecha de aprobación de la liquidación anual hubiera dejado de prestar servicio en la Tesorería General de la Seguridad”. El recurrente había prestado durante nueve meses sus servicios en la Unidad de Recaudación Ejecutiva de Valdepeñas, aunque en el momento en que la regularización del complemento de productividad debía hacerse efectiva había dejado ya de prestar sus servicios en esa unidad.

El Tribunal analiza la finalidad de este complemento, que no es otra que la de retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con el que el funcionario desempeña su trabajo. Dado el rango superior del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, respecto de la mencionada Resolución, entiende la Sala que no cabe entender que su devengo se encuentre conectado al desempeño del puesto en el momento del

X. Función Pública

cálculo del complemento, ni aun porque tal cálculo tenga carácter anual, pues el devenir del complemento no será por ello anual, sino en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados. Esta argumentación le lleva a declarar el derecho del recurrente a percibir la cantidad que le corresponda de acuerdo con la regularización del complemento de productividad durante los nueve meses en que prestó sus servicios en aquella Unidad de Recaudación Ejecutiva.

11. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Principio de tipicidad

a) El depósito por un profesor de soportes informáticos de contenido sexual en un centro docente es constitutivo de atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración

Pese a reconocer la dificultad de encuadrar en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios los hechos enjuiciados, la **STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 256905, admite que no constituye interpretación analógica la calificación de la conducta del funcionario recurrente como falta grave prevista en el artículo 7.1.ñ) del citado Reglamento. Recuerda la Sala que la falta grave de atentado a la dignidad de los funcionarios públicos o de la Administración supone la concurrencia de un comportamiento indigno del funcionario público, inadecuado a su condición y que compromete la dignidad de su cargo. La STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2006 insiste en la necesidad de sancionar la falta de comportamiento digno de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus deberes para mantener el prestigio y decoro de la Administración, con el fin de proteger el buen nombre de la Administración que se ve cuestionado con la actuación pública de sus funcionarios.

Por ello, en el caso concreto, la Sala no duda en estimar que la conducta del funcionario, que depositó soportes informáticos de contenido sexual en un centro donde ejercía la docencia, afecta a la dignidad del cargo y de la institución, pues ese comportamiento es impropio de quien tiene la función de enseñar, que de suyo conlleva un matiz ejemplarizante hacia los alumnos.

b) Falta grave de consideración con los administrados. Funcionario docente que disponía de imágenes de contenido sexual al alcance de los alumnos

En el caso enjuiciado por la **STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 256905, se estima que la visualización por un profesor de imágenes de contenido sexual, en el ámbito de un centro educativo y durante las horas lectivas, asumiendo el riesgo de poder ser “sorprendido” por los alumnos, pone en peligro el desarrollo integral de la personalidad de los mismos, por lo que el respeto del principio de tipicidad no obsta a que dicha conducta pueda encuadrarse como falta grave de consideración con los administrados [artículo 7.1.o) del Reglamento de Régimen Disciplinario].

B) La superación del plazo de duración del procedimiento disciplinario determina la caducidad del mismo

La STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 256905, enjuicia un recurso contra una sentencia de instancia que, apoyándose en la tesis que hasta fechas recientes venía siendo sostenida por la jurisprudencia, rechazó la posibilidad de aplicar a los expedientes disciplinarios la caducidad como forma de terminación del procedimiento. La línea jurisprudencial mencionada argumentaba que el Reglamento de Régimen Disciplinario (RD 33/1986) no regulaba la caducidad, y que tampoco era aplicable en dicho ámbito el régimen de la Ley 30/1992, por así disponerlo su Disposición Adicional Octava.

No obstante, la STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2006 se hace eco de las reformas normativas que obligan a modificar la postura jurisprudencial contraria a la caducidad de los procedimientos disciplinarios. En este sentido, la Sala señala la relevancia de lo establecido en la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, sobre la directa aplicación en los procedimientos iniciados de oficio de los plazos de resolución que se contemplan en el artículo 42.2, con los efectos de caducidad que para la trasgresión de estos plazos se prevén en el artículo 44.2 de la propia Ley. El régimen jurídico general de caducidad contemplado en tales normas avanza progresivamente en la generalización del régimen de caducidad como consecuencia de la superación de los plazos de duración previstos para cada procedimiento.

Por otra parte, recuerda la Sala que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableció una duración de 12 meses para el procedimiento disciplinario, de modo que la superación de dicho plazo acarreará la consecuencia de caducidad prevista para todo procedimiento administrativo. El juego de la supletoriedad proclamado en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, unido al plazo de duración establecido en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ha de llevar a entender que si se establece un plazo es porque el legislador está pensando en las consecuencias de su trasgresión. Por eso, mediante una norma con rango de Ley se ha establecido el plazo específico (un año) de duración del procedimiento disciplinario, para evitar la aplicación del plazo general de 6 meses del artículo 42 de la Ley 30/1992.

En definitiva, la naturaleza del plazo de duración previsto para el procedimiento disciplinario ha de ser la misma que la del procedimiento sancionador general, de forma que la superación de tal plazo convierte en inhábil el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, que deberá ejercerse en otro procedimiento posterior en caso de que no haya prescrito tal potestad.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Ejecución del planeamiento. A) Proyecto de compensación: relaciones arrendaticias y vías pecuarias. **2. Otorgamiento de la licencia de obras.** A) Denegación de licencia para la construcción de una estación de servicio en una carretera. B) Obras de las Administraciones Públicas: Proyecto de construcción de un centro policial. **3. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Autoridades competentes para el ejercicio de la potestad en materia de disciplina urbanística. B) Acción pública y plazo de prescripción.

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**A) Proyecto de compensación: relaciones arrendaticias y vías pecuarias**

En la STS de 20 de abril de 2006, Ar. 6475, el TS debe decidir sobre dos puntos ciertamente interesantes: por un lado, la existencia de una pretendida relación arrendaticia que no es indemnizada en el proyecto de compensación que corresponde a la unidad de actuación objeto del litigio, y por otro, la posible vulneración del carácter de dominio público de unas vías pecuarias que se incluyen en dicha unidad de actuación.

En relación al primer asunto, el problema se centraba en determinar si existía o no un contrato de arrendamiento, y en consecuencia, una relación arrendaticia, suscrito por las entidades recurrentes con el propietario de una finca situada en la unidad de actuación a la que va destinado el proyecto de compensación antes aludido.

Tanto la sentencia de instancia como el TS niegan la existencia de dicha relación arrendaticia, y los argumentos utilizados para ellos son varios: en primer lugar, se niega la existencia de un perjuicio indemnizable porque el Ayuntamiento de Córdoba, ciudad donde se sitúa el proyecto urbanístico, había ordenado previamente la clausura de la actividad que se realizaba en la finca pretendidamente arrendada, ya que resultaba ser una actividad clandestina, carente de la preceptiva autorización administrativa, cuestión esta que ya había sido ratificada en vía judicial. Difícilmente, indica el TS, se puede indemnizar una actividad sobre la cual pesaba una orden de clausura, ya ejecutada y ratificada en vía judicial.

Además, y en segundo lugar, el TS destaca la ausencia de un documento público en el cual conste la existencia de dicha relación arrendaticia, en especial, dada la relación de índole personal que une a los supuestos intervinientes en el contrato, pues el propietario de la fin-

ca es hermano de los titulares de las entidades recurrentes, y además, es apoderado de las mismas. En definitiva, estos argumentos, ya esgrimidos en la sentencia de instancia, llevan al TS a no reconocer la existencia de relación arrendaticia que pudiera ser indemnizable.

De la misma manera, el TS rechaza, al hilo de lo anterior, la alegación de indefensión de las entidades recurrentes, dado que se encuentra suficientemente probado que éstas han formulado cuantas alegaciones y recursos han creído conveniente, habiéndose opuesto tanto en el fondo como en la forma.

El segundo motivo esgrimido por las entidades recurrentes que resulta de interés para nuestro estudio se basa en la infracción del carácter de dominio público, y por tanto, del régimen jurídico aplicable, de un tramo de vías pecuarias que se incluye en la unidad de actuación objeto del litigio. Se argumenta por las recurrente que dicho tramo de vías pecuarias, según la legislación aplicable, es dominio público de titularidad autonómica (Junta de Andalucía), y por ello, no puede ser ni urbanizado, ni convertido en parcelas urbanizables, ni adjudicado, ni introducidos en el mercado inmobiliario.

El TS, al igual que la sentencia de instancia, también rechaza dicho motivo de alegación. En primer lugar, destaca que la normativa que las recurrentes consideran infringida es posterior a la aprobación del PGOU de Córdoba y también del posterior Plan Parcial que da cobertura a la unidad de actuación puesta en cuestión.

Además, y en segundo lugar, el TS indica que en todo momento se han respetado los derechos del titular de las vías pecuarias, la Junta de Andalucía, a la cual se le han realizado las notificaciones y comunicaciones que han sido necesarias, formando parte la misma del procedimiento, sin que en ningún caso haya operado transmisión alguna del suelo afectado sino, como en cualquier otro mecanismo urbanístico de equidistribución, la sustitución real de una finca por otras, con absoluto respeto a los derechos originarios de cada propietario.

Esta argumentación lleva al TS a afirmar que la actuación urbanística discutida ha contado en todo momento con la adecuada vigilancia y control por parte de la Administración autonómica, tanto desde un punto de vista medioambiental como por la dificultad de determinar y concretar las mencionadas vías pecuarias, lo que se desprende, además, de los documentos incluidos en el expediente.

Esta segunda argumentación, unida a la anteriormente explicada, lleva al TS a rechazar todos los motivos de recurso realizados por las entidades recurrentes.

2. OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA DE OBRAS

A) Denegación de licencia para la construcción de una estación de servicio en una carretera

La STS de 20 de septiembre de 2006, Ar. 6457, confirma en casación los argumentos empleados por el Tribunal a quo para anular las resoluciones de la Comisión de Gobierno

XI. Urbanismo

del Ayuntamiento de Gondomar (Pontevedra) mediante las que se habían concedido licencias de instalación, legalización y actividad de una estación de servicio en Paxaje-Vincios, y contra la autorización de construcción de la misma otorgada por la Dirección General de Obras Públicas de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Galicia, al entender que las mismas incumplían la Orden de 31 de mayo de 1969, por la que se dictan normas para la instalación en las carreteras de Estaciones de Servicio para suministro de carburantes y combustibles objeto del Monopolio de Petróleos (hoy sustituida por la Orden de 16 de diciembre de 1997, de regulación de los accesos a las carreteras del Estado, las vías de servicio y la construcción de instalaciones de servicios), conculcando dos preceptos de la misma, concretamente los relativos a los efectos claramente perturbadores de la circulación general que provoca la concreta ubicación de la estación de servicio, complicando las maniobras de entrada y salida de vehículos, lo que se asimila a la posibilidad de entorpecimiento prevista en el artículo 7.2 de la Orden, y su cercanía a una intersección, que no respeta los 150 metros exigidos por el artículo 10 de la misma norma.

Por otro lado, y en contra del argumento mantenido por las recurrentes de que las carreteras en las que se va a construir la estación de servicio son de titularidad de la Junta de Galicia, y el hecho que el Parlamento de dicha Comunidad Autónoma haya aprobado sus propias normas de carreteras, el alto Tribunal sostiene que esta circunstancia no excluye la aplicación de la reglamentación estatal, pues en tanto no se dicte la normativa autonómica específica que contemple estos aspectos resulta de aplicación aquélla. Tampoco puede considerarse que la Orden de 1969 haya sido derogada por el Reglamento General de Carreteras (aprobado por RD 1812/1994), ya que el mismo no la incluye en su cláusula derogatoria.

B) Obras de las Administraciones Públicas: Proyecto de construcción de un centro policial

El Tribunal Supremo, en su STS de 5 de abril de 2006, Ar. 4686, estima el recurso planteado por el Ayuntamiento de Oiartzun contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco, que había autorizado las licencias de ocupación y puesta en actividad o funcionamiento de la Central Territorial de la Ertzaintza en Oiartzun. El Gobierno Vasco no probó que para la realización del proyecto concreto existieran razones de excepcional interés público, máxime cuando el proyecto presentado era diferente del admitido por las Normas Subsidiarias y el Plan Especial municipal que, si bien permitían la construcción de la edificación destinada a acoger un Centro policial, lo hacía con un menor número de plantas y altura.

3. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Autoridades competentes para el ejercicio de la potestad en materia de disciplina urbanística

La STS de 10 de noviembre de 2005, Ar. 4924, resuelve, declarando no haber lugar al mismo, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria del TSJ de Murcia que planteó la entidad mercantil “Gran Hábitat de Valladolid, SA” contra una Orden del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Región de Murcia sobre

imposición a la misma de una infracción grave en materia de protección de la legalidad urbanística.

El argumento más interesante desde el punto de vista que en esta crónica se aborda gira en torno a la posible consideración de la invasión de la competencia del Alcalde en materia de disciplina y legalidad urbanística ejercida por el órgano autonómico y a la necesidad o no de que éste realice previo requerimiento al titular del consistorio municipal. Para el Tribunal Supremo, esta consideración no puede prosperar, dedicando todo el FJ 3º a justificar las razones del respeto de la autonomía local que preside el supuesto sometido a su enjuiciamiento, y que a continuación reproducimos:

“Hemos de comenzar señalando como hemos hecho en otras ocasiones cómo, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, debe interpretarse en esta materia el principio de autonomía municipal en función del artículo 252 del citado TRLS de 1992, cuando este precepto ha sido declarado inconstitucional por dicha sentencia.

Recientemente, en nuestra STS de 2 de noviembre de 2005 hemos señalado reiterando anteriores pronunciamientos que:

‘Del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local no se deduce que las competencias del Municipio en materia de disciplina urbanística excluyan en todo caso cualquier intervención de las Comunidades Autónomas, pues aquéllas se ejercerán en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas’. Esta legislación, por lo que se refiere al presente caso, viene constituida por el artículo 184 LS de 1976 que atribuye en primer lugar al Ayuntamiento el deber de acordar la demolición de las obras ejecutadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas, una vez transcurrido el plazo de dos meses que debe concederse al interesado para que intente la legalización de lo construido, pero que, en defecto de actuación del Ayuntamiento, faculta indistintamente al Alcalde o al Gobernador Civil (actualmente al órgano autonómico competente), (...) para ordenar la demolición de lo construido ilegalmente. Para que la Comunidad Autónoma ejerza esta potestad no es exigible un requerimiento previo al Alcalde, pues no es esto lo que se desprende de nuestra Sentencia de 8 de julio de 1996, que cita la Sala de instancia. De esta sentencia se desprende que aunque el artículo 184 LS de 1976 se refiera indistintamente al Alcalde o al Gobernador Civil, la competencia del Alcalde tiene carácter prevalente por lo que la Comunidad Autónoma no debería intervenir si ya lo hubiera hecho el Alcalde, que no es lo que ha sucedido en el presente caso. Tampoco es de aplicación al presente caso la Sentencia de esa Sala de 7 de julio de 1992, en que también se apoya el Tribunal a quo, que declara que el ejercicio por la Comunidad Autónoma de las competencias en esta materia sólo pueden llevarse a cabo cuando no haya actuado el Ayuntamiento porque ha transcurrido con exceso el plazo de dos meses desde que las obras fueron declaradas no legalizables sin que el Ayuntamiento de Orihuela hubiera ordenado la demolición de lo construido” (FJ 3º).

XI. Urbanismo

En el FJ 4º, el Tribunal, después de señalar que no cabe interpretar el artículo 184.4 LS de 1976 en el sentido de que para que la Comunidad Autónoma pueda ejercer las competencias en materia de disciplina urbanística atribuida con carácter principal al Ayuntamiento, se le exija que tenga que dirigir previamente un requerimiento a éste, pues si bien ésta fue la opción elegida por el artículo 252 LS de 1992, no es, sin embargo, un requisito que derive inmediatamente de aquel principio constitucional, analiza el concepto de autonomía local como garantía institucional que hace desaparecer los controles administrativos sobre las Corporaciones locales, doctrina con la que no choca, en opinión de la Sala, con el artículo 184.4 de la Ley del Suelo de 1976. Así lo expone en el mismo FJ 4º, que transcribimos:

“Sin embargo el artículo 184.4 LS de 1976 no choca con esta doctrina, porque en él se prevé un simple control de legalidad que se ejerce sin contradecir acuerdo alguno del Ayuntamiento inmediatamente interesado en la restauración de la legalidad urbanística y sólo cuando aquél haya dejado transcurrir el plazo de un mes sin haber procedido, como ese precepto impone, a acordar la demolición de las obras ejecutadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma. A todo ello hemos de añadir que antes de ordenar la demolición de los edificios construidos por Mil Palmeras, SA, la Comunidad Autónoma se dirigió al Ayuntamiento de Orihuela para que le informase si había ordenado la paralización de las obras y para que, en otro caso, remitiera los antecedentes necesarios, y que dicha Corporación no sólo no se ha opuesto a la actuación de la Comunidad Autónoma sino que incluso ha intervenido en el proceso en apoyo del acto impugnado y ha interpuesto recurso de casación (declarado inadmisibles) contra la sentencia dictada, lo que pone de relieve que la Comunidad recurrente se ha preocupado de respetar la preferencia que para adoptar la medida de demolición se concede al Ayuntamiento en cuyo término se hayan efectuado las obras.

En el supuesto de autos nos encontramos, no obstante todo lo anterior, ante el ejercicio de la potestad sancionadora, pero la doctrina establecida en materia de autonomía local que acabamos de reseñar resultaría de plena aplicación, teniendo, además, en cuenta los términos del requerimiento realizado (...), que debe considerarse válido y suficiente a los efectos de articular la subrogación competencial, al referirse a los mismos hechos y no haber obtenido respuesta alguna municipal eficaz.”

Finalmente, en cuanto a las posibles sanciones impuestas, resulta interesante resaltar que el Tribunal considera compatibles con la medida sancionadora otras, como la restauración de la situación alterada y la indemnización de los daños causados, que no son estrictamente sancionadoras, pero sí que están previstas, de conformidad con el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, en las normas por las que se sanciona en el presente caso.

B) Acción pública y plazo de prescripción

La STS de 5 de julio de 2006, Ar. 5166, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil Promociones Biersa, SA contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que había desestimado el recurso interpuesto por la misma frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Castro Urdiales sobre concesión de la licencia de obras.

La entidad recurrente afirmaba que el cómputo del plazo de prescripción de las infracciones derivadas de una actividad continuada no puede iniciarse sino hasta que finaliza la actividad o se realice el último acto con que la infracción se consume. Sin embargo, para la alta instancia jurisdiccional tal motivo no puede prosperar, porque arranca de una premisa errónea, cual es confundir la prescripción de las infracciones urbanísticas con el plazo para restablecer la legalidad urbanística. En efecto, en el caso fallado no se estaba en presencia de una infracción con el significado previsto en la Capítulo II del Título VII del TRLS de 1992, sino que lo que la entidad recurrente ha pretendido con el ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 304 del citado Texto refundido, es el restablecimiento de la legalidad urbanística que considera conculcado con el acto de concesión de la licencia municipal para edificar sobre la parcela, destinada por el planeamiento a uso cívico-comercial y hotelero, un edificio para viviendas.

No se está, entonces, continúa argumentando la Sala, ante el plazo de prescripción de una infracción continuada, que no prescribe hasta la finalización de la actividad, sino ante el plazo para ejercitar válidamente dicha acción pública, que es de cuatro años a partir de la terminación de la obra (artículo 304. 2 TRLS de 1992), de manera que, como el edificio cuyo ajuste a la legalidad urbanística pretendió la entidad recurrente se había terminado seis años antes de que ésta ejercitase la acción pública, la Sala de instancia declaró caducada dicha acción por haber transcurrido con exceso el referido plazo de cuatro años. Cuestión distinta es la de si, otorgada la licencia para construir un centro cívico comercial o un hotel, se hubiese levantado un edificio de viviendas, en cuyo caso, mientras no finalice la actividad ilegal, podría perseguirse la infracción grave cometida.

Se diferencia así entre el plazo para ejercitar la acción pública, que prescribe a los cuatro años a partir de la terminación de la obra, y el plazo de prescripción en el supuesto de alteración del uso para el que se concedió la licencia, que no empieza a correr mientras se mantenga aquél.

Por su parte, la **STS de 25 de julio de 2006** considera la procedencia de una orden de demolición acordada frente a una obra ilegal (construcción en suelo rústico sin contar con la debida licencia) entendiéndolo que la misma no había prescrito, tal y como defendía la recurrente. Para la Sala, la prescripción no puede darse porque la obra no había terminado, ya que una obra está totalmente terminada cuando queda dispuesta para servir al fin previsto sin necesidad de ninguna actividad material posterior referida a la propia obra (FJ 4°).

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) Desafectación de los bienes de dominio público. Los procedimientos especiales de desafectación de los bienes destinados a fines educativos. B) Aprovechamiento de bienes comunales. Aplicación de la normativa sectorial a disfrutes especiales. C) Potestades administrativas. La potestad de recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: concesión de aguas otorgada a entidad urbanizadora por tratarse de urbanización aislada; adjudicación de contrato de servicio público de suministro sin vulneración del pliego de condiciones particulares. B) Aprovechamiento para fuerza motriz: declaración de caducidad incorrecta. C) Concesión de aguas para uso industrial: otorgamiento procedente. D) Inscripción de aprovechamientos en el Registro de Aguas: error en el número de hectáreas de riego a inscribir. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde del demanio costero. a) Su objeto es delimitar los bienes que, por naturaleza, integran el demanio costero. b) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites físicos y temporales, sin que la existencia de uno previo suponga revisión de actos propios. c) El deslinde es susceptible de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo límite se sitúa en cuestiones de propiedad. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección depende de la calificación del terreno como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas. C) El uso privativo del demanio requiere concesión administrativa. D) Infracciones y sanciones: las edificaciones sin título constituyen infracciones administrativas. E) Puertos. a) La competencia para declarar Bien de Interés Cultural autonómico un puerto de interés general corresponde al Estado. b) Usos y servicios de los puertos. a') Cabe que la concesión de uso privativo derive de una autorización previa con contenidos concesionales y del compromiso verbal de la Administración. b') Procede la descarga de buques sin intervención de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba si concurren las circunstancias normativamente esta-

blecidas. c) Es válida la celebración de convenios de colaboración entre SASEMAR y Autoridades Portuarias para la limpieza de los puertos. F) Pesca marítima: la aprobación de planes singulares de pesca exige información a la Comisión Europea. **5. Montes: resolución de consorcio forestal. 6. Minas: explotación de recursos de las Secciones A) y C) 7. Patrimonio cultural: diversas cuestiones. 8. Patrimonio del Estado: enajenación de bienes patrimoniales. 9. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.**

A) Aguas continentales: canon de vertidos de 1985. B) Aguas continentales: canon de vertidos de 1995. C) Aguas marítimas: puertos. D) Otro dominio público: Dominio público autonómico.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 3096 a la 5851 de 2006 y la Constitucional desde la STC 298/2006, de 23 de octubre, hasta la STC 365/2006, de 21 de diciembre.

2. BIENES LOCALES

A) Desafectación de los bienes de dominio público. Los procedimientos especiales de desafectación de los bienes destinados a fines educativos

En la STS de 7 de marzo de 2006, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5697, se plantea si es necesaria la autorización de la Administración competente en materia educativa para desafectar una vivienda para maestros de titularidad municipal. Sobre este punto el Tribunal Supremo afirma que en aplicación de la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990, los bienes destinados a centros escolares, incluso las viviendas escolares, mantienen su vinculación original; en consecuencia, los Ayuntamientos pueden desafectarlos, pero según declara nuestra jurisprudencia se requiere para ello autorización administrativa del titular del servicio público educativo, en este caso, la Comunidad Autónoma.

En concreto, la Sentencia comentada afirma que en realidad la cuestión ha sido resuelta en este sentido por nuestra jurisprudencia anterior, debiendo citarse al efecto la Sentencia de 21 de octubre de 1999, que recoge la doctrina de otras varias Sentencias anteriores. En efecto, esa Sentencia de 21 de octubre de 1999 se refiere a una jurisprudencia consolida-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

da (Sentencias de 20 de septiembre de 1988, 14 de noviembre de 1989, 18 de abril, 17 de julio y 14 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1991 y 24 de marzo y 21 de abril de 1994), que puede resumirse en los términos siguientes. Desde luego los Ayuntamientos no estaban sujetos a la obligación de proporcionar a los maestros vivienda, habiéndose extinguido tal obligación ya por legislación anterior que vino a ser ratificada por la Disposición Adicional Sexta.4 de la Ley de Régimen Local de 1955. Por otra parte, los artículos 51 y 52 del Decreto 193/1967, de 2 de febrero, que contemplaban el derecho a casa-habitación de los maestros, no fueron derogados por la Ley de Educación de 1970, ni por la Ley Orgánica de Educación de 1985, si bien el citado Decreto, obviamente de carácter reglamentario, no hacía pesar sobre los Ayuntamientos la obligación de proporcionar la vivienda. Otro punto de importancia es que los Ayuntamientos podían poner fin a cesiones gratuitas gravosas para las finanzas municipales o buscar contrapartidas para los fines patrimoniales destinados a casa-habitación de los maestros, pero respetando el régimen propio de los bienes de que se trate.

Sobre las bases de estas declaraciones, sigue diciendo la Sentencia comentada, la jurisprudencia citada se manifiesta en el sentido de que los edificios escolares que albergasen servicios docentes de enseñanza primaria, incluidas las viviendas para maestros, cualquiera que hubiera sido el procedimiento de financiación para construirlos, eran propiedad municipal, pero no podían destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización del Ministerio de Educación y Ciencia, referencia que ahora debe entenderse efectuada a la Comunidad Autónoma que ha asumido competencias sobre la materia.

B) Aprovechamiento de bienes comunales. Aplicación de la normativa sectorial a disfrutes especiales

Los bienes comunales se definen como aquellos cuyo disfrute corresponde al común de vecinos. Dichos bienes se rigen por la normativa de régimen local. No obstante, algunos de los aprovechamientos posibles en los mismos pueden ser regulados por normas sectoriales, primando la aplicación de estas últimas sobre las generales reguladoras del patrimonio local. Leyes en las que se puede contemplar que los vecinos no se aprovechen directamente. Esa primacía de la legislación sectorial se reconoce en la **STS de 16 de mayo de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3824. En la citada Sentencia se considera válido el contrato administrativo de cesión del aprovechamiento cinegético de los montes comunales a una tercera persona. Aprovechamiento cinegético que se rige por la legislación de caza.

C) Potestades administrativas. La potestad de recuperación de oficio

Las Administraciones locales tienen atribuidas un conjunto de prerrogativas con el fin de proteger los bienes de dominio público de su pertenencia y, entre ellas, la potestad de recuperación de oficio. Las condiciones para su ejercicio aparecen descritas en la **STS de 13 de febrero de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4426. Sentencia en la que se resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior sobre la materia, tal y como se indica a continuación en la transcripción del fundamento cuarto de la Sentencia citada.

En concreto, en la mencionada Sentencia se afirma que la potestad de recuperación de oficio por las Corporaciones Locales de sus bienes de dominio público se encuentra claramente fijada en el artículo 70 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, tras haber establecido el artículo 80 de la Ley Bases del Régimen Local de 1985, su imprescriptibilidad. El procedimiento es el determinado por los artículos 71 y siguientes.

Y sigue diciendo la Sentencia comentada que constituye doctrina reiterada de este Tribunal (así la Sentencia de 22 de noviembre de 1988 con cita de otras muchas desde la de 3 de junio de 1985 a la de 1 de diciembre de 1987; también la Sentencia de 18 de julio de 1988) que la viabilidad de la acción administrativa de recuperación posesoria exige una acreditación de la posesión pública del bien y de la perturbación posesoria del mismo. La justificación indiciaria de la antedicha posesión administrativa resulta incontrovertible (Sentencias de 25 de febrero de 2003 y 13 de enero de 2004). La acreditación de un efectivo estado posesorio (Sentencia de 25 de abril de 1994) es, por tanto, innegable salvo que la demanialidad del bien fuere incontrovertible (Sentencia de 3 de marzo de 2004).

También es preciso, continúa diciendo la Sentencia comentada, que en el procedimiento de recuperación de oficio los bienes municipales se encuentren perfectamente identificados sobre el terreno (Sentencias de 8 de mayo de 1986 y 23 de marzo de 1987) pues cuando no hay confusión de límites no es necesario un deslinde previo (Sentencia de 23 de noviembre de 1998). Facultad de recuperación de oficio que exige una prueba plena y acabada (Sentencias de 12 de julio de 1982, 20 de julio de 1984, 24 de abril de 1985, 3 de junio de 1985 y 1 de junio de 1988). La claridad en la posesión administrativa del bien sobre el que se ejerce aquella facultad ha de ser inequívoca (Sentencias de 22 de mayo de 1985, 12 de diciembre de 1996 y 30 de marzo de 1999).

Exigencias esenciales que para la Sentencia comentada lo son en razón de que el ejercicio de tal potestad implica un privilegio al resolver la Administración el problema por sí misma sin necesidad de acudir a la tutela judicial expresada a través de la actuación de los Tribunales de Justicia (Sentencias de 23 de marzo de 1999 y de 23 de abril de 2001). Por ello no cabe el ejercicio de esta privilegiada acción recuperatoria o de autotutela administrativa cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable, o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de ponderación. También es doctrina (Sentencia de 8 de febrero de 1991) que la inexistencia de calificación de los caminos existentes en el término municipal ni su ausencia de inclusión en el Inventario de Bienes no es óbice para la prosperabilidad de la acción cuando se acredita su naturaleza pública por otros medios. Todo ello sin olvidar, claro está, que todo lo que concierna al dominio y a su reivindicación compete a la jurisdicción civil ante la que se practicara la oportuna prueba acreditativa de la titularidad pública o privada objeto de controversia (entre otras, Sentencia de 25 de febrero de 2003).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Abastecimiento a poblaciones: concesión de aguas otorgada a entidad urbanizadora por tratarse de urbanización aislada; adjudicación de contrato de servicio público de suministro sin vulneración del pliego de condiciones particulares

Conforme a los artículos 122 y 124 del RDPH, si estamos ante la tramitación de una concesión de aguas para abastecimiento de una urbanización aislada que no pueda ser abastecida desde la red municipal, la solicitud se efectuará por el representante de la Comunidad de Propietarios si ésta se halla constituida, y en su defecto, la instancia se suscribirá por el promotor de la urbanización. A dicha problemática se refiere la STS de 12 de abril de 2006, Ar. 4692, para llegar a la conclusión de que en el supuesto que se discute, la Resolución de la Junta de Aguas (actual Agencia Catalana del Agua) que otorgó a una Sociedad cooperativa una concesión de aguas subterráneas con el fin de abastecimiento a una urbanización es conforme a derecho.

En efecto, se ha seguido el procedimiento previsto en los artículos 122 y siguientes del RDPH de manera correcta, sin que se pueda dar la razón a la Asociación de Propietarios recurrente que pretende la nulidad de la concesión, aduciendo vulneración de distintos preceptos del ordenamiento jurídico como el artículo 26 de la LBRL (sobre obligación de los Ayuntamientos de prestar el servicio público de suministro domiciliario de agua potable sin dejación de sus funciones), etc. Ha quedado demostrado en primera instancia que en el caso de la urbanización interesada, se da una imposibilidad de abastecimiento desde las instalaciones municipales, de ahí que se haya otorgado la concesión de aguas a la Sociedad cooperativa (entidad urbanizadora), al haber sido hasta el momento la encargada de llevar a cabo el suministro, sin perjuicio de que pueda existir un cambio de titularidad de la concesión en favor de la Comunidad de Propietarios.

Por otro lado, en la STS de 5 de junio de 2006, Ar. 3211, se considera que la adjudicación de un contrato de servicio público de suministro se realiza en el supuesto discutido sin vulneración del pliego de condiciones particulares. Una de las empresas que no resultó adjudicataria había impugnado el Acuerdo del Ayuntamiento aduciendo arbitrariedad e incumplimiento de la LCAP. Sin embargo, no ha resultado demostrado que los criterios previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y sobre los que debía versar el concurso no se hayan tenido en cuenta, pues la Mesa de contratación eligió la propuesta más ventajosa, es decir, la que ofrecía un canon a abonar al Ayuntamiento que superaba en 3 millones de pesetas al de la empresa recurrente, y que además presentaba un menor coste de explotación.

B) Aprovechamiento para fuerza motriz: declaración de caducidad incorrecta

La STS de 20 de abril de 2006, Ar. 4701, confirma la Sentencia del TSJ de Extremadura que había sido objeto de impugnación, considerándose de nuevo incorrecta la declaración de caducidad decidida por la Confederación Hidrográfica del Tajo respecto de un

aprovechamiento de aguas para fuerza motriz. Uno de los requisitos que se contiene en el artículo 64.2 de la Lag. de 1985 aplicable en ese momento (posterior artículo 66.2 del TRLA), para que pueda procederse a la declaración de caducidad tras la interrupción del aprovechamiento durante 3 años consecutivos, es que ésta sea imputable al titular. Esta condición sin embargo no se cumple en el presente litigio, pues el aprovechamiento no se llevó a cabo por la concurrencia de una prohibición autonómica, y no por la mera voluntad del concesionario.

C) Concesión de aguas para uso industrial: otorgamiento procedente

De acuerdo con el artículo 119.1 del RDPH, dentro del procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones, rige la norma de que si la solicitud inicial se somete al trámite de competencia y se presentan otras solicitudes, toda petición de modificación que se formule durante la tramitación del expediente debe ser denegada. En la **STS de 28 de marzo de 2006**, Ar. 3254, se interpreta este precepto, aclarándose qué puede entenderse por modificación de la solicitud. En el caso controvertido no cabe entender que la aportación de datos por el primer peticionario, requeridos además por la Confederación Hidrográfica del Norte al hilo de la tramitación, con el fin de decidir con mejor criterio, pueda considerarse como una modificación de la concesión. De este modo, el otorgamiento del aprovechamiento para uso industrial en favor de un particular, frente a otra empresa concurrente, no supone omisión de procedimiento o arbitrariedad, sino que por el contrario se trata de una decisión discrecional de la Administración que prefirió por razones ambientales, de menor consumo de agua, otorgar la concesión al aserradero que inició el expediente.

D) Inscripción de aprovechamientos en el Registro de Aguas: error en el número de hectáreas de riego a inscribir

La **STS de 23 de marzo de 2004**, Ar. 4117 de 2006, entiende que concurrió error en la apreciación de la prueba tanto por la propia Administración hidráulica (Confederación Hidrográfica del Guadiana), como por parte del TSJ de Castilla-La Mancha que ratificó la Resolución de esta última, ya que se reconoció un derecho de inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento temporal de aguas privadas con destino al riego de 34 hectáreas por una Resolución de 1994, cuando, según los diversos documentos aportados, los pozos se dedicaban al riego de 47 hectáreas. Para el TS en este supuesto, el número de hectáreas que se venía cultivando por el recurrente antes de la entrada en vigor de la Lag. de 1985 es un dato objetivo, de modo que la Confederación Hidrográfica no puede aminorar su extensión aduciendo sobreexplotación de acuíferos a que alude el apartado 4 de la mencionada Disposición Transitoria Tercera.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del demanio costero

a) Su objeto es delimitar los bienes que, por naturaleza, integran el demanio costero

Como tantas veces se ha señalado en estas crónicas de jurisprudencia, el ejercicio de la potestad de deslinde pretende integrar en el dominio público marítimo-terrestre los bienes que por naturaleza y, en consecuencia, por determinación normativa, deben formar parte del mismo. Es el caso, entre otros, de las playas (SSTS de 7 y 8 de febrero de 2006, Ar. 4386 y 4402) y de las dunas móviles (STS de 8 de febrero de 2006, Ar. 4403).

b) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites físicos y temporales, sin que la existencia de uno previo suponga revisión de actos propios

Considerando que la finalidad del deslinde es constatar que unos determinados bienes reúnen las características propias del dominio público marítimo-terrestre, su realización procederá, bien instada de oficio, bien a petición de parte, en cualquier momento y frente a la superficie que se estime precisa, sin que quepa alegar la existencia de otro previo que no incorpora los terrenos discutidos. No se trata pues, mediante deslindes posteriores, de proceder a la revisión de actos anteriores contrarios al ordenamiento jurídico previa declaración de su lesividad. Lo que se pretende es determinar el demanio costero mediante el ejercicio de aquella potestad, verificando la concurrencia en los terrenos considerados de las características contempladas en los artículos 3 a 5 de la vigente Ley de Costas, y declarando en caso afirmativo este hecho, sin atribución *ex novo* de facultades y derechos en favor de la Administración costera (SSTS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 4281 de 2006, FJ 3º, 8 (dos) y 21 de febrero de 2006, Ar. 4402 y 4403, FJ 5º, y 5200, FFJJ 2º y 4º).

c) El deslinde es susceptible de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo límite se sitúa en cuestiones de propiedad

En la medida en que el acuerdo aprobatorio del deslinde es un acto declarativo que señala los terrenos que pertenecen *ope legis* al demanio costero, sin creación o innovación en este sentido, su control como tal corresponde a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Orden que tiene como límite a su actuación la resolución de las controversias planteadas en torno a la propiedad de los mismos. Así lo recuerda el FJ 5º de la STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 4281 de 2006.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección depende de la calificación del terreno como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas

También en esta ocasión hay que destacar otro pronunciamiento que analiza las Disposiciones Transitoria Tercera.³ de la Ley de Costas y Transitoria Novena.³ de su Reglamento, en las que se reconoce la posibilidad de reducir de 100 a 20 metros la extensión de la servidumbre de protección en el caso de terrenos clasificados como suelo ur-

bano a la entrada en vigor de la Ley. En el supuesto enjuiciado no concurre este supuesto fáctico, por lo que no cabe dicha reducción (STS de 22 de marzo de 2006, Ar. 3616).

C) El uso privativo del demanio requiere concesión administrativa

El uso privativo del demanio costero requiere la obtención de la pertinente concesión por parte de la Administración costera, sin que el abono en su momento de una cantidad en concepto de confrontación del proyecto de concesión, la posesión incuestionable del terreno durante más de treinta años, y el pago de los tributos que gravan la propiedad sirvan para justificar el otorgamiento del título. Sólo evidencian su solicitud (STS de 27 de diciembre de 2005, Ar. 4273 de 2006).

D) Infracciones y sanciones: las edificaciones sin título constituyen infracciones administrativas

La realización de construcciones en zona de dominio público marítimo sin la oportuna concesión al efecto constituye una infracción administrativa que lleva anudada la correspondiente sanción. La Disposición Transitoria Cuarta de la vigente Ley de Costas permite flexibilizar esta regla general en aquellos casos en que se trate de obras e instalaciones llevadas a cabo antes de su entrada en vigor y proceda su legalización por razones de interés público. Pese a la evidente discrecionalidad de que goza la Administración para valorar la concurrencia de tal interés, la STS de 31 de mayo 2006, Ar. 4474, no lo considera presente en relación con un polideportivo y unas pistas de tenis, por lo que confirma su demolición, derivada de la denegación de legalización señalada por Orden del Ministerio de Medio Ambiente.

E) Puertos

a) La competencia para declarar Bien de Interés Cultural autonómico un puerto de interés general corresponde al Estado

En la STS de 26 de junio de 2006, Ar. 4613, se reflexiona sobre la correspondencia de la competencia para declarar Bien de Interés Cultural autonómico un puerto de interés general. Frente a lo alegado por la Comunidad Autónoma en cuestión, resulta evidente para el Tribunal que lo dispuesto en el artículo 6.b) de la Ley del Patrimonio Histórico Español —cuya constitucionalidad ratificó en su momento la STC 17/1991— evidencia sin duda la competencia estatal, por lo que procede declarar la nulidad del acto autonómico que efectuaba tal declaración, incompetente a estos efectos.

b) Usos y servicios de los puertos

a') Cabe que la concesión de uso privativo derive de una autorización previa con contenidos concesionales y del compromiso verbal de la Administración

El uso privativo de un espacio portuario requiere la pertinente concesión administrativa, a otorgar con carácter previo al mismo. No obstante, en el supuesto resuelto por la STS

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de 12 de julio de 2006, Ar. 4640, la dación del título concesional –cuyo derecho en favor del demandante reconoce el Tribunal– deriva de la conversión de una autorización administrativa inicial para utilizar instalaciones portuarias. En efecto, el contenido dado a la misma (entre el que se encontraba, significadamente, la obligación de realizar instalaciones fijas y no desmontables en el demanio), unido a la existencia de un pacto verbal en este sentido con la Administración costera determina la existencia de un derecho subjetivo a la concesión y la improcedencia de su denegación.

b') Procede la descarga de buques sin intervención de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba si concurren las circunstancias normativamente establecidas

El artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de marzo, que regula el servicio público de estiba y desestiba de buques, determina que dichas operaciones han de realizarse a través de las Sociedades Estatales constituidas al efecto, reconociendo simultáneamente algunas excepciones a esta regla general. Entre ellas se encuentran las operaciones que tengan una relación directa con la actividad concesional de la empresa que las realiza, así como la descarga por tubería; circunstancias ambas que concurren en el supuesto enjuiciado por la STS de 28 de junio de 2006, Ar. 4483. Por esa razón, procede la descarga de la mercancía sin intervención de las citadas Sociedades Estatales.

c) Es válida la celebración de convenios de colaboración entre SASEMAR y Autoridades Portuarias para la limpieza de los puertos

La Sociedad estatal de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) es una entidad de derecho público creada por la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, entre cuyas competencias se encuentra la prevención y lucha contra la contaminación del medio marino. En atención a la misma, la celebración de convenios de colaboración entre ella y las Autoridades Portuarias en orden a realizar tareas de limpieza de las aguas interiores de determinados puertos no ha de considerarse ni carente de cobertura jurídica –por insertarse en el ámbito competencial de cada entidad y por suponer una manifestación concreta de los convenios de colaboración a que se refiere el artículo 6 de la Ley 30/1992– ni constitutiva de práctica restrictiva de la competencia –por no existir abuso de posición de dominio, extendiéndose a un ámbito territorial reducido–. Así lo resuelve la STS de 4 de julio de 2006, Ar. 4486.

F) Pesca marítima: la aprobación de planes singulares de pesca exige información a la Comisión Europea

El artículo 31 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado confiere al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación la facultad de aprobar planes de pesca para zonas determinadas, justificados por el estado de los recursos. En su aplicación, mediante Orden de 2 de enero de 2002 se aprobó un plan de pesca para la pesquería de arrastre de fondo en el Caladero Nacional del Cantábrico y el Noroeste; plan que, no obstante, precisaba cumplimentar la exigencia general contenida en el artículo 46 del Reglamento CE 850/1998, de 30 de marzo, para la conservación de los recursos pesqueros a través de medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos: la comunicación a la Comisión Europea del proyecto de disposición, con carácter previo

a su aprobación. En esta Orden citada no se ha procedido a dicha comunicación, lo que determina, como reconoce la STS de 14 de junio de 2006, Ar. 4547, su anulación.

5. MONTES: RESOLUCIÓN DE CONSORCIO FORESTAL

En relación con esta materia, debemos mencionar en esta ocasión la **STS de 20 de julio de 2006**, Ar. 6024, que confirma la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 2000, que dio la razón a la Junta castellano-manchega, que denegó la resolución de un consorcio forestal, en donde los particulares recurrentes alegaron el incumplimiento por parte de la Administración y reclamaban además que se les indemnizara por daños y perjuicios.

Sin embargo, tanto la Sala de instancia como el Tribunal Supremo consideran que aunque la Administración ha incumplido algunas condiciones del consorcio, ello no debe determinar la resolución del mismo, según el artículo 1124 del Código Civil, pues tras la prueba pericial practicada, se ha acreditado que las condiciones incumplidas no son esenciales y por tanto determinantes de la nulidad del consorcio.

En concreto, la Administración cumplió su obligación esencial de reforestar (aunque no cumplió su obligación general de conservación).

Por último, y aunque la cuantía fue de 42 millones de pesetas en la primera instancia (250.000 euros), como los reclamantes fueron siete, a efectos de cuantía para determinar si es procedente el recurso de casación debe considerarse la cuantía individual de cada uno de los reclamantes, por lo que además de desestimar sobre el fondo este recurso de casación, el TS declara también inadmisibles el mismo (FJ 2º, *in fine*), de acuerdo con el criterio que sobre cuantía a efectos del recurso de casación se suele aplicar en estos casos.

6. MINAS: EXPLOTACIÓN DE RECURSOS DE LAS SECCIONES A) Y C)

En este punto comentamos en esta ocasión la **STS de 19 de julio de 2006**, Ar. 5820, que confirma la Sentencia del TSJ de Euskadi, y que anuló parcialmente el Acuerdo del Jurado de Expropiación forzosa de Bizkaia de 2003, que fijó un justiprecio de una finca con concesión minera.

La empresa titular de la explotación minera no se mostró conforme con el fallo de instancia, por considerar que debe distinguirse entre los recursos de la Sección A) y los de la Sección C) de la Ley de Minas de 1973, a efectos de indemnización expropiatoria, siendo los primeros indemnizables y los segundos no.

Ello sería así porque el propietario tiene derecho a explotar los recursos de la Sección A) (por lo que en caso de expropiación debe indemnizarse), pero no los de la Sección C), donde es el Estado quien determina las condiciones de explotación (por lo que no existe derecho a indemnización).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

El TS considera que esta distinción es esencial a efectos de determinar la indemnización, y aplica en este caso el artículo 84 del RD 2857/1978 (Reglamento de la Ley de Minas), y establece la cuantía indemnizatoria en 40.046,05 euros ya fijada por el TSJ de Euskadi.

7. PATRIMONIO CULTURAL: DIVERSAS CUESTIONES

La **STS de 27 de septiembre de 2006**, Ar. 6663, revoca la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero de 2003, y considera no conforme a Derecho la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Urbanismo de esta Comunidad Autónoma de 1999, que aprobó definitivamente la homologación del PGOU de Gandía (Valencia).

Se discute en este caso la aprobación de la Norma 11 del PGOU, relativa al Suelo Urbano, Zona Residencial “Centro Histórico”, así como el artículo 47, la Norma Adicional Primera y la Norma Transitoria Primera.

En aplicación del artículo 4.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural Valenciano, las entidades locales deben proteger los valores del patrimonio cultural existente en su ámbito territorial, pero ello debe realizarse respetando el principio de seguridad jurídica y el derecho de propiedad (artículos 9.3 y 33.3 de la Constitución), de modo que en este caso debe justificarse la existencia y la entidad de los recintos amurallados situados en los inmuebles de propiedad de los recurrentes, y en concreto, debe establecerse un plazo para la adquisición de estos inmuebles por parte del Ayuntamiento de Gandía.

Por ello, se declara nulo el apartado A) del artículo 47.1 de la Norma 11 del PGOU.

Por otra parte, en la **STS de 30 de octubre de 2006**, Ar. 6674, se confirma la Sentencia del TSJ de Madrid de 19 de abril de 2001, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra las Resoluciones de la Dirección General de Bellas Artes de 1994, que acordaron la pertenencia al Estado de determinados bienes muebles (varios cuadros) que habían sido ilegalmente exportados y posteriormente recuperados por el Ministerio (en aplicación de los artículos 5, 29.1 y 79.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

La Sentencia de instancia consideró correcta la pertenencia al Estado de las mencionadas obras, con su adscripción al Museo del Prado.

Pero en relación con varios de los recurrentes, el TS considera que se cumple el supuesto de hecho del artículo 29.3 de la Ley 16/1985, que establece que si el titular anterior del bien acredita la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión por parte del Estado, abonando el importe de los gastos derivados de su recuperación, y a reembolsar el importe satisfecho al adquirente de buena fe.

En concreto, en este caso los bienes se habían exportado a Suiza por parte de los herederos.

8. PATRIMONIO DEL ESTADO: ENAJENACIÓN DE BIENES PATRIMONIALES

En este apartado debe destacarse la **STS de 31 de enero de 2006**, Ar. 1191, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2002, que consideró conforme a Derecho la Resolución de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, sobre enajenación directa de viviendas en Toledo.

El motivo de ello es que las viviendas dejaron de ser bienes de dominio público (al desafectarse tras el cierre de la fábrica de armas por el Ministerio de Defensa), pasando a ser bienes patrimoniales enajenables, de modo que pasaron a regirse por la Ley del Patrimonio del Estado de 1965 y su Reglamento de 1965, en cuya enajenación debe aplicarse el procedimiento de subasta pública.

La parte recurrente (los trabajadores de la fábrica que habían ocupado las viviendas hasta 1998) se basó en un convenio de 4 de febrero de 1999, entre el Ayuntamiento de Toledo y la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, en donde sería de aplicación el artículo 128 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (existencia de título legítimo en la ocupación de viviendas de dominio público y en su desafectación).

9. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: canon de vertidos de 1985

La **STS de 27 de septiembre de 2006** (RJ 7506), desestima el recurso de casación planteado contra la liquidación de este tributo en la redacción original. Se discutía la liquidación en relación con un vertido que carecía de autorización definitiva. Dice el Alto Tribunal que desde la perspectiva de la Ley y el Reglamento no existe obstáculo legal para admitir la posibilidad de proceder a una autorización provisional del vertido, con la consecuente liquidación del pertinente canon, hasta tanto la situación sea normalizada. Y considera plenamente ajustadas a derecho las disposiciones reglamentarias que desarrollaban la Ley de Aguas cuya legalidad se cuestionaba en el caso, en particular la Orden de 23 de diciembre de 1986.

Sobre parecidos razonamientos se construye la desestimación de otro recurso de casación mediante una **STS de 4 de noviembre de 2006**.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de febrero de 2006** (JUR 2006\161511), resuelve el recurso planteado por un Ayuntamiento contra la desestimación efectuada por el Tribunal Económico-Administrativo de la reclamación deducida contra la liquidación dictada en ejecución de una resolución anterior anulatoria de una primera liquidación. El caso es que el motivo para decretar dicha anulación fue el incorrecto cálculo del canon de vertido, que había sido efectuado tomando en consideración, como uno de los factores, el número de habitantes de la población, ordenando el correspondiente Tribunal la práctica

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de nueva liquidación teniendo en cuenta los factores determinantes de la carga contaminante contemplados en la normativa vigente. Se practica por la Confederación nueva liquidación en la que llaman la atención dos extremos que serán determinantes de la estimación: de un lado, se dice que para el cálculo del canon se toma en consideración una Orden Ministerial del año 1999, siendo así que el canon liquidado es el correspondiente al ejercicio de 1993; de otro, resulta que se vuelve a contemplar como factor el número de habitantes de la población, pues se habla de 230 litros por habitante y día con una deducción del 20% como coeficiente de retorno. Además se pone de manifiesto la absoluta falta de justificación del cálculo del volumen de vertidos, en base al cual se fija el canon de vertido, pues no aparece dato alguno al respecto.

De la misma sala es la STSJ de 11 de mayo de 2006 (JUR 2006\203102). El TSJ no atiende la alegación del recurrente, según la cual no se podía exigir el canon al haberse evacuado el vertido sobre el dominio marítimo-terrestre y no continental. Sin embargo, estimará el recurso por la falta de motivación de la liquidación. Dice el tribunal que “no puede considerarse justificada y razonada la resolución impugnada, pues se conformó la liquidación del canon, por los conceptos de volumen de vertido y un coeficiente que depende de la naturaleza del vertido, sin que pueda entenderse que se justifican los indicados datos, pues en la resolución por la que se acuerda la liquidación, se indica que el volumen de vertidos se calcula teniendo en cuenta, la declaración cuantitativa que se hizo por la parte actora, en su solicitud de legalización de vertidos, sin que en el expediente administrativo consten datos suficientes, que acrediten que las cantidades de volumen de vertido fijadas en la liquidación, son las que se determinaron en la solicitud de legalización de vertidos, por lo que no puede considerarse motivada la indicada liquidación, en la medida en que el indicado dato no se justifica, en cuanto a su consideración para practicar la liquidación, al no tener reflejo en el expediente”.

B) Aguas continentales: canon de vertidos de 1995

La STSJ de Asturias de 31 de mayo de 2006 desestima el recurso presentado por la empresa autorizada para los vertidos en relación con el canon de vertidos del ejercicio 1999. Se alegaba que la liquidación había incurrido en error al aplicar el parámetro sólidos en suspensión, cuyo límite máximo debe fijarse en 20 mg/litro, y no en 80 mg/litro y que se había determinado de manera incorrecta el valor de carga contaminante, que es inferior al consignado. Dice el Tribunal que en el presente caso existe previamente una autorización de vertidos válidamente concedida (que no se discute) y lo que se cuestiona es el canon que, en sucesivas anualidades posteriores, corresponde satisfacer al concesionario. La Administración u Organismo de cuenca tiene facultades para comprobar las características del vertido y contrastar, en su caso, la validez de aquellos controles, facultades que para nada establece el precepto que hayan de ejercitarse de forma contradictoria con el titular de la autorización, ni que deban tener lugar con la presencia de un representante suyo. En consecuencia, el titular de la autorización, caso de no estar conforme con el resultado de aquella comprobación hecha por el Organismo de cuenca, podía haberla impugnado aportando nuevos datos o elementos de juicio que demostraran el posible error de la estimación administrativa (cosa que no ha hecho) dando lugar al oportuno juicio contradictorio; pero no limitarse, como aquí ha hecho, a impugnarla únicamente por no

haber sido aceptados como válidos los parámetros propuestos por la actora sobre la base de unas muestras tomadas en 1997, que para nada vinculan a la Administración recurrida al fijar el límite máximo de los sólidos en suspensión a tenor de la actividad industrial que desarrolla la actora, determinando la carga contaminante objeto de gravamen. En el mismo sentido la **STSJ de Asturias de 22 de mayo de 2006** (JUR 2006\174416), en relación con el mismo contribuyente.

C) Aguas marítimas: puertos

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 anula las liquidaciones correspondientes a las exacciones devengadas antes de 1 de enero de 2001 [dos **SSAN de 8 y 16 de mayo de 2006** (JT 846 y 847) o la **STSJ de Valencia de 13 de enero de 2006** (JT 686)].

El TSJ de Cataluña (sala de lo contencioso-administrativo, igual que otros, como el de Andalucía, Sevilla), desestima los recursos contra las resoluciones procedentes de la vía económico-administrativa que inadmitían las reclamaciones contra las tarifas por servicios portuarios (T-3) por entender que eran cuestiones propias de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo dicta, con motivo de recurso de casación para la unificación de doctrina, otra sentencia, **STS de 6 de marzo de 2006** (RJ 3013) que declara que las salas de instancia eran competentes. Este criterio lo venían siguiendo los TTSSJ de Galicia, Valencia, Baleares, País Vasco y Murcia (entre otros) y se aprecia también en las **dos SSAN de 8 y 16 de mayo de 2006**, reseñadas en el párrafo anterior.

D) Otro dominio público: Dominio público autonómico

La **STSJ de Cantabria de 22 de mayo de 2006** (JT 804), resuelve el recurso planteado por la Compañía Telefónica Nacional de España en relación con tasas liquidadas por la Comunidad Autónoma de Cantabria por autorización de obras en carreteras de titularidad regional.

La normativa especial reguladora de la tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE) prevenía que ésta abonase anualmente a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales un 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtuviera en cada término municipal y un 0,1% de los que obtuviera en cada demarcación provincial, respectivamente. El recurso de la empresa Telefónica compensaría la no sujeción de la Compañía a ningún tributo o precio público de carácter local con excepción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, al que sí quedaba sujeta.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Una cuestión muy conflictiva se refiere a los tributos exigidos por las Comunidades Autónomas Uniprovinciales, titulares del porcentaje que en otras jurisdicciones corresponde a las Diputaciones Provinciales. Teóricamente caben tres soluciones:

- Al ser actualmente autonómicos, no están incluidos en la compensación, por lo que han de ser exigidos todos.
- Al percibir la compensación la Comunidad Autónoma, cubre todos los tributos de su titularidad.
- La “exención” sólo afectaría a algunos de ellos, concretamente a los que proceden precisamente de la subrogación de las mismas en las extintas en su jurisdicción Diputaciones Provinciales (como el recargo en el IAE).

Los Tribunales han mantenido posiciones diversas y en algún caso oscilantes. Para algunos Tribunales interesa discriminar los que tienen carácter local en su origen y los que no tienen tal carácter [cfr. STSJ de Cantabria de 17 de julio de 2000, que declara procedente la exacción de la tasa por inspección técnica de vehículos].

Otros han mantenido posiciones oscilantes. Es el caso del TSJ de Madrid, que actualmente defiende que la exigencia de compensación cubre todos los tributos autonómicos. Mantuvo primero un criterio que se extendió hasta el año 1996 en sentido estimatorio de las pretensiones de la demandante y otro diferente a partir de 1997 que llegó a la solución contraria por entender que la compensación únicamente era predicable de tributos locales de ámbito provincial y no de los tributos autonómicos. Pero a partir de la Sentencia de 10 de noviembre de 2000 vuelve al criterio anterior [cfr. STSJ de Madrid sentencia de 10 diciembre de 2001 (JT 2002\730)]. Esta sentencia se refiere también a la tasa por inspección técnica de vehículos.

Dice la Sala que no puede hablarse de tributos locales de ámbito provincial sino es por referencia al ente gestor de éstos o, lo que es lo mismo, al sujeto activo de la relación jurídico-tributaria. No existe una materia que pueda señalarse, por su estricta naturaleza, que pertenezca a dicho ámbito por exclusión al que pudiera corresponder a los municipios o las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Uniprovinciales absorben competencias y recursos de las extintas Diputaciones, por lo que los tributos que en otros lugares son “provinciales”, en éstas son regionales. Y ello debe estar presente implícitamente en una Ley de 1987, por lo tanto posterior a esa sucesión. A la vista de todo ello concluye en una postura estimatoria de las pretensiones de la demanda presentada por la Compañía Telefónica: si se ha concluido la inexistencia para la Comunidad uniprovincial de Madrid de tributos locales de ámbito provincial pudiera arbitrarse una doble vía de interpretación:

- la compensación establecida en la Ley 15/1987 es inaplicable en cuyo caso la Comunidad no debería haber percibido su importe e, incluso, debiera haber reintegrado lo cobrado (la Sala cita una Sentencia del TSJ de Cantabria de 13 de diciembre de 1993 que defendía esta tesis, aunque la que nosotros hemos reseñado más arriba desde luego no aboga por la inexistencia de la compensación)

– o, la compensación comprende los tributos autonómicos por ser éstos sucesores, tanto material como formalmente, de los tributos locales de ámbito provincial en las Comunidades Autónomas uniprovinciales en las que ha desaparecido la Diputación de este ámbito.

Esta segunda posibilidad es la que finalmente adopta el TSJ de Madrid.

Dice el TSJ de Madrid en defensa de sus tesis que lo que no resulta admisible es optar por la vía de negar la hipótesis jurídica que establece la compensación y recibir unos importes económicos en el uso de unas facultades recaudatorias que sólo se justifican ateniéndose al más riguroso principio de legalidad. Es sumamente significativa –termina diciendo la Sala– sobre este punto la ausencia de contestación a la pregunta que late en todo el litigio y se puso de manifiesto en su trámite de prueba y que consistía, sencillamente, en indagar la razón de la percepción de unos abultados ingresos por una Administración Pública que se muestra incapaz de ofrecer cualquier clase de explicación.

La sentencia que ahora se comenta aboga por la no sujeción específica de la Compañía Telefónica a estas tasas por utilización del dominio público, siguiendo las tesis del tribunal cántabro acerca de la inclusión de los tributos de carácter autonómico que han sucedido a los tributos locales de ámbito provincial.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A) Directiva marco de aguas 2000/60/CE e incumplimiento de Estado (Luxemburgo). Cuestiones generales sobre la labor normativa del Estado en la transposición de Directivas y aplicación al supuesto concreto de la Directiva marco de aguas: necesario desarrollo normativo por los Estados o mero cumplimiento de los objetivos fijados por la Directiva. B) Conceptos de eliminación y valorización de residuos y evaluación de impacto ambiental: independencia de los conceptos en la directiva de residuos y en la de evaluación de impacto ambiental. Incumplimiento de la República italiana al eximir de evaluación de impacto ambiental a las plantas de valorización de residuos sin atender a su impacto sobre el medio ambiente. C) Relación de otras Sentencias aparecidas en el período contemplado. **3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹.** A) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por el nivel excesivo de sustancias contaminantes debidas a las emisiones de una planta siderúrgica. Balance entre intereses generales e individuales. Obligación del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para proteger los derechos de los particulares. B) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por ruidos y emisiones nocivas generadas por una planta de tratamiento de residuos. El alcance del derecho y la doble obligación de los Estados. La garantía del justo equilibrio entre intereses individuales y generales en el procedimiento decisorio en cuestiones medioambientales. **4. Espacios Naturales Protegidos. La reducción de la actividad cinegética como consecuencia de la declaración de un Parque Natural exige las correspondientes compensaciones en función del tipo de limitaciones impuestas. 5. Especies Protegidas. Caza. Las fechas de principio y fin de las vedas de caza no tienen carácter básico correspondiendo a las Comunidades Autónomas su fijación según las especies. 6. Información ambiental.**

(1) Insertamos a partir de este número una referencia específica a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorporándose al equipo redactor de estas crónicas de medio ambiente, Sergio SALINAS ALCEGA, Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Zaragoza.

La información medioambiental de obligada medición por las Administraciones públicas debe divulgarse a través de las redes públicas de telecomunicaciones. 7. Aguas continentales.

A) Vertidos: construcción de estación depuradora al lado de edificio calificado como Bien de Interés Cultural; multa a un Ayuntamiento por infracción grave por contaminación de la calidad de las aguas; aminoración de sanción por error de cálculo de la carga contaminante. **8. Aguas marítimas.**

A) Puertos: los proyectos de modificación de puertos deportivos deben someterse a Evaluación de Impacto Ambiental y a Estudio de Dinámica del Litoral. **9. Carreteras: Impacto ambiental. 10. Fiscalidad medioambiental.**

A) Impuestos autonómicos ambientales: cánones de saneamiento. a) Cánones de saneamiento y competencias municipales: problemas de compatibilidad con otras exacciones.

b) Avatares de los textos reglamentarios de los cánones de saneamiento. c) Elementos de cuantificación del impuesto: defectos reglamentarios. d) Sobre la compensación efectuada por la Comunidad Autónoma de las compensaciones o indemnizaciones debidas por los costes de mantenimiento, conservación y explotación del servicio de depuración que corren a cargo de la entidad suministradora sustituta con las cantidades a ingresar por el canon. e) Particularidades ligadas a que con frecuencia el sujeto pasivo es una Corporación Local ¿es relevante el artículo 60 de la Ley de Bases de Régimen Local? f) Posibilidad

de que el asunto alcance al Tribunal Supremo. B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. C) Impuestos sobre el Transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte. D) Tasas ambientales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2006 y enero de 2007; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia núm. 3096 a la 5851 de 2006 y la Constitucional desde la STC 298/2006, de 23 de octubre, hasta la STS 365/2006, de 21 de diciembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Directiva marco de aguas 2000/60/CE e incumplimiento de Estado (Luxemburgo). Cuestiones generales sobre la labor normativa del Estado en la transposición de Directivas y aplicación al supuesto concreto de la Directiva marco de aguas: necesario desarrollo normativo por los Estados o mero cumplimiento de los objetivos fijados por la Directiva

La STJCE de 30 de noviembre de 2006 (Sala Tercera), recaída en el asunto C-32/05, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. Constituye un documento muy interesante tanto en el plano del establecimiento —o recuerdo— de doctrina general en relación a la labor normativa del Estado para la transposición de directivas al derecho interno como, en particular, de respuesta a la pregunta de si la Directiva marco de aguas precisa de tal labor de desarrollo normativo o de si se cumple con la misma con una mera labor de los poderes públicos estatales mediante la que se dé cumplimiento a los objetivos fijados en la misma.

Obviamente lo que la Comisión reprocha a Luxemburgo es que no haya tenido lugar una labor normativa que suponga la transposición al derecho interno de la Directiva marco de aguas al modo, por ejemplo, de la que operó en el derecho interno español por medio del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que modificó o adicionó bastantes preceptos al Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

En la Sentencia existe también una labor del Tribunal relativa a la resolución de cuestiones de índole formal o procesal previas a la decisión de fondo. Así, resulta curioso que el dictamen motivado de la Comisión, emitido el 9 de julio de 2004 (se recuerda que el plazo de transposición de la Directiva concluyó el 22 de diciembre de 2003) y relativo a la falta de actuación normativa de Luxemburgo, fuera contestado por este país (por escrito de 27 de septiembre de 2004) aduciendo, como excusa, la falta de claridad de determinados conceptos de la directiva y el propósito del Gobierno luxemburgués de aprovechar la transposición para proceder a una revisión fundamental de la legislación nacional existente (del apartado 17 de la Sentencia). Disconforme con esta respuesta, la Comisión decidió interponer el recurso y fue en la contestación a este recurso cuando la representación jurídica de Luxemburgo hizo saber que en este país estaba vigente una Ley de 29 de julio de 1993 relativa a la protección y a la gestión de las aguas que constituía un documento suficientemente adaptado a la Directiva marco de aguas y que, además, ya se lo había comunicado a la Comisión por un escrito de 24 de agosto de 2004. La Comisión indica al Tribunal que, efectivamente, se recibió esa comunicación pero que por un defecto de coordinación de los servicios de la Comisión, no se tuvo conocimiento de la misma antes de interponer el recurso. Aduce, además, que no tuvo conocimiento del escrito dentro del plazo reglamentariamente establecido, por lo que no puede entenderse que Luxemburgo hubiera cumplido en plazo las obligaciones correspondientes. El Tribunal de Justicia, sin embargo, entiende que esa información sí que se comunicó en plazo reglamentario (plazo que es el de dos meses tras el dictamen motivado que era de 9 de julio de 2004) pero que al no haberse

comunicado el texto concreto de la Ley de 1993 más que en anexo a la contestación de la demanda “un medio de defensa invocado tan tardíamente no tiene efectos sobre la existencia del motivo basado en la inexistencia de notificación de la información requerida en el plazo fijado en el dictamen motivado” (apartado 25 de la Sentencia).

En cualquier caso y fuera de este fuego cruzado sobre cuestiones formales, el tema de fondo consiste, como ya se ha anunciado, en si la Directiva marco exige, o no, medidas normativas para su adecuada transposición. Luxemburgo indica que “la Directiva insiste en las acciones concretas que deben llevar a cabo las autoridades nacionales, más que sobre la armonización formal del Derecho nacional con el derecho comunitario. No se trata de una directiva de armonización de la legislación, sino solamente de una directiva que exige un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política del agua” (apartado 30 de la Sentencia). Indica que lo que los Gobiernos deben hacer para aplicar la Directiva es cumplir determinados requerimientos para lo que se fijan plazos entre 2006 y 2015 y que, además, la Ley de 1993 proporciona un arsenal de medidas que son suficientes para alcanzar los objetivos operacionales de la Directiva. Por tanto, no haría falta desarrollo normativo de la Directiva (apartado 31 de la Sentencia).

Para la resolución de la interesante cuestión planteada, el Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, su doctrina general sobre el contenido de las Directivas y la actuación de los Estados. A esos efectos, en el apartado 34 de la Sentencia se establece lo siguiente:

“(…) los Estados miembros pueden elegir la forma y los medios para dar cumplimiento a las directivas que mejor garanticen el objetivo por ellas perseguido. De esta disposición resulta que la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado repetidamente que no siempre se exige una transcripción formal de lo establecido por una directiva en una disposición legal expresa y específica, ya que para el cumplimiento de la directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general. En particular, la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legales o reglamentarias específicas siempre que, no obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional y que, en el caso de que la disposición controvertida de la directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares, la situación jurídica que se desprenda de dichos principios sea suficientemente precisa y clara, y que los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en especial, las Sentencias de 23 de mayo de 1985 Comisión/Alemania, 29/84, Rec. P. 1661, apartados 22 y 23; de 9 de septiembre de 1999, Comisión/Alemania, C-217/97, Rec. P. I-4087, apartados 31 y 32, y de 26 de junio de 2003, Comisión/Francia, antes citada, apartado 76)”.

Y en el siguiente apartado 35 se añade que:

“El Tribunal de Justicia también ha declarado que, en principio, no es preciso adaptar el Derecho nacional a una disposición que sólo trata sobre las relaciones entre los Estados

XIII. Medio Ambiente

miembros y la Comisión. No obstante, habida cuenta de que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar la plena observancia del Derecho comunitario, la Comisión posee la facultad de demostrar que la observancia de la disposición de una directiva que regula esas relaciones necesita que se adopten medidas concretas para la adaptación del ordenamiento jurídico nacional (véanse, en este sentido, las Sentencias de 24 de junio de 2003, Comisión/Portugal, C-72/02, Rec. P. I-6597, apartados 19 y 20, y de 20 de noviembre de 2003, Comisión/Francia, C-296/01, Rec. P. I-13909, apartado 92.”

En suma, debe observarse en cada caso cuál sería la respuesta correcta a la gran cuestión del cumplimiento de los objetivos fijados en una Directiva para lo que sirve la observación de las distintas obligaciones fijadas por las mismas. A esos efectos, el Tribunal ensaya una tipología de las obligaciones fijadas por las Directivas del siguiente tenor:

- a) Existen directivas que fijan como obligación que se adopten disposiciones legales a nivel nacional y que su cumplimiento esté sometido a un control judicial o administrativa.
- b) Otras directivas establecen que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se cumplan determinados objetivos formulados de manera general y que no son cuantificables, dejándoles, sin embargo, un cierto margen de apreciación en cuanto a la naturaleza de las medidas que se deben adoptar.
- c) Otras directivas exigen de los Estados miembros que alcancen resultados muy precisos y concretos después de un determinado plazo.

Realizada esta “clasificación”, el Tribunal contiene un juicio sobre el contenido de la Directiva 2000/60/CE que resulta muy interesante:

“(…) procede recordar que la Directiva 2000/60 es una directiva marco adoptada sobre la base del artículo 175 CE, apartado 1. Establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permitan la protección y una utilización ecológicamente viable del agua en la Comunidad Europea. Los principios comunes y el marco global de acción que instituye deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros, quienes deben adoptar una serie de medidas particulares de conformidad con los plazos previstos por la Directiva. **Sin embargo, ésta no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua**” (el resalte tipográfico es nuestro y el texto se contiene en el apartado 42 de la Sentencia).

Y profundizando un poco más, se indica que en esta Directiva hay disposiciones muy variadas: unas fijan obligaciones a los Estados miembros que, en ocasiones, pueden ser simplemente de comunicación respecto a la Comisión y a la Comunidad; otras fijan obligaciones para las propias instituciones comunitarias. En todo caso y dentro de las obligaciones de los Estados, la mayoría pertenecen a la tipología que antes se ha señalado como b): cumplir determinados objetivos en un determinado plazo dejando margen de apreciación a los Estados en cuanto a las medidas que deben adoptar; es decir, que éstas no tendrían por qué ser normativas.

En concreto, y haciendo referencia a cuestiones que se plantearon en la vista del recurso, el Tribunal afirma, y ésta es una afirmación capital, que de ninguna disposición de la directiva “resulta que los Estados miembros estén obligados, con el fin de adaptar correctamente su Derecho interno a estas disposiciones, a adoptar tal legislación marco” (apartado 46 de la Sentencia). Es decir que, en abstracto, no habría obligación de adoptar medidas normativas para el cumplimiento de la Directiva 2000/60/CE pues “la adopción de una legislación marco no constituye la única manera en la que los Estados miembros pueden garantizar la plena aplicación de la Directiva y prever un sistema organizado y articulado dirigido a respetar los objetivos perseguidos por dicha Directiva” (apartado 48 de la Directiva) dado que “si el legislador comunitario hubiera pretendido imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar en su ordenamiento jurídico interno una legislación marco para adaptarlo a la Directiva, podría haber insertado una disposición en ese sentido en su texto, lo que no ha sucedido” (apartado 49 de la Directiva).

En todo caso, hasta este lugar de la Sentencia, el razonamiento se mueve en el ámbito de lo abstracto. Ya en el plano de lo concreto, lo que importa es ver si la Ley luxemburguesa de 1993 responde al contenido de la Directiva marco (apartados 52 y siguientes de la Sentencia). Comienza aquí, por tanto, un trabajo realmente interesante y susceptible –en su interpretación– de ser extendido a la situación existente en otros Estados miembros de la Unión, tanto de aquellos que hayan adaptado formalmente su derecho a la Directiva –pues a través de lo que va a decirse en la Sentencia podrá juzgarse si esa adaptación ha sido correcta– como de aquellos que aún no lo hayan hecho por considerar –como Luxemburgo– que les bastaba con su derecho interno.

En todo caso el Tribunal no va a poder realizar un examen de todos los preceptos de la Directiva desde el punto de vista de su confrontación con la Ley de Luxemburgo de 1993, sino solamente de aquéllos respecto a los que se ha producido imputación por parte de la Comisión y, por tanto, en relación a los cuales ha podido Luxemburgo ejercer su derecho de defensa aduciendo los preceptos de su ordenamiento interno que –según él– justificaban la no transposición concreta.

Así, la primera cuestión que se debate en la Sentencia es que no todas las definiciones del artículo 2 de la Directiva están incluidas en el derecho interno de Luxemburgo que, por ejemplo, no define los conceptos de “cuenca hidrográfica”, “buen potencial ecológico” y “buen estado químico”; el Tribunal resalta que de la unión del artículo 2 con el 4, resultan determinadas obligaciones a cumplir en unos concretos plazos por parte de los Estados. Luxemburgo estima que no sería necesario reproducir todas las definiciones que de por sí serían aplicables en los términos que indica la Directiva para cumplir las correspondientes obligaciones.

De otra es la opinión del Tribunal que acudiendo a la cita de jurisprudencia anterior estima que “la incompatibilidad de una legislación nacional con las disposiciones comunitarias, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio” (apartado 65 de la Sentencia).

XIII. Medio Ambiente

Por ello, se ha violentado el derecho comunitario al no contener el derecho luxemburgués todas las definiciones del artículo 2 de la Directiva marco del agua.

También se aduce que no existe reflejo en el derecho interno luxemburgués de lo previsto en el artículo 3.4 de la Directiva, según el cual los objetivos medioambientales de la directiva se deben coordinar para su cumplimiento en la demarcación hidrográfica en su conjunto. Luxemburgo alega que no existen demarcaciones nacionales en su territorio y sí sólo cuencas hidrográficas internacionales (la del Rin vía el Mosela y la del Mosa vía el Chiers) y que en relación a las mismas existen acuerdos internacionales (de 29 de enero de 2001 para el Rin y de 3 de diciembre de 2003 para el Mosa) que disponen la creación de órganos internacionales para lograr la coordinación exigida por la Directiva. Esto es estimado suficiente por el Tribunal que, por tanto, rechaza las razones de la Comisión. (Llevando la comparación a nuestro Derecho, diríamos que el Convenio de Albufeira de 1998 suscrito con Portugal ya cumpliría suficientemente lo relativo a la presencia de las demarcaciones hidrográficas compartidas con Portugal que no precisarían de una regulación específica en el derecho interno español aunque sí, preciso, la delimitación de la parte española de las correspondientes demarcaciones hidrográficas internacionales.)

En tercer lugar se examina el artículo 7.2 de la Directiva relativo a determinadas normas de calidad para las masas de agua destinadas al consumo humano. En concreto impone que en el régimen de depuración de aguas se cumplan los requisitos de la Directiva 80/778, modificada por la Directiva 98/83/CE, obligaciones imperativas que, para el Tribunal, exigirían la adopción de medidas de carácter imperativo en el plazo fijado por la Directiva (o sea, hasta el 22 de diciembre de 2003). Luxemburgo no fija defensa en relación a esta circunstancia, por lo que se estima fundado en este caso el recurso de la Comisión.

Finalmente la Comisión también alegaba que la Ley de 1993 no contenía ninguna norma relativa a la consulta e información públicas sobre la elaboración de los proyectos de los planes hidrológicos ni la participación del público en la aplicación de la Directiva (artículo 14 de la Directiva). Luxemburgo se defendía diciendo que es una norma que no precisa de reflejo en el plano normativo interno sino, solamente, del cumplimiento de esas obligaciones de participación pública en los plazos que fija la misma Directiva. No se considera suficiente esta alegación por parte del Tribunal que, al contrario, indica que “La inexistencia en el Derecho luxemburgués de toda medida de adaptación del derecho interno no garantiza en absoluto la obligación según la cual las medidas nacionales para adaptar el Derecho interno deben hacer jurídicamente obligatorio para las autoridades nacionales competentes el plazo previsto en el artículo 13, apartado 6, de la Directiva y permitir a los particulares conocer con anticipación todos sus derechos en el ámbito de los procedimientos previstos en el artículo 14, apartados 1 y 2, de la Directiva” (apartado 81 de la Sentencia).

En suma y como habrá podido comprobarse, constituye esta Sentencia un documento de primera importancia en la interpretación de una importante Directiva que ha generado y generará gran polémica pues los puntos tratados en esta Sentencia, no son, ni mucho menos, los que van a generar la mayor parte de los problemas interpretativos en el futuro. En todo caso, constituye una ayuda muy significativa para abordar las distintas cuestiones que, a no dudar, se van a seguir planteando durante todo el tiempo en que los Estados

deben ir adoptando medidas para el cumplimiento de los distintos objetivos ambientales contenidos en la Directiva.

B) Conceptos de eliminación y valorización de residuos y evaluación de impacto ambiental: independencia de los conceptos en la directiva de residuos y en la de evaluación de impacto ambiental. Incumplimiento de la República italiana al eximir de evaluación de impacto ambiental a las plantas de valorización de residuos sin atender a su impacto sobre el medio ambiente

La STJCE de 23 de noviembre de 2006 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-486/04, declara el incumplimiento de la República Italiana de las obligaciones que le incumben en relación a 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.

La cuestión debatida surge a partir de la autorización del funcionamiento de una planta incineradora de residuos en Italia que está incluida en el anexo I de la Directiva 85/337. No obstante, la República Italiana tiene aprobada una normativa que excluye del procedimiento de evaluación de impacto medioambiental a algunos proyectos incluidos en este Anexo como los proyectos de instalaciones para la valorización de residuos peligrosos y no peligrosos con una capacidad superior a cien toneladas diarias, siempre que estén sujetos a un procedimiento de autorización simplificado en el sentido del artículo 11 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975 relativa a los residuos en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo de 18 de marzo de 1991, y por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996. Igualmente Italia ha aprobado una normativa por la que se fijan criterios para excluir a proyectos del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y que la Comisión juzga inadecuados.

En suma, están relacionadas dos Directivas en el supuesto de hecho y la cuestión clave reside en que Italia aduce la regulación de una Directiva (residuos) que permite la exención de autorización de unas determinadas instalaciones que se dediquen a la valorización de residuos con una determinada capacidad de producción, para eximir las de las obligaciones que se derivarían de otra Directiva, la de evaluación de impacto ambiental. Se recuerda que la exención de autorización fijada en el artículo 11 de la Directiva “residuos” procede si las autoridades competentes internas han aprobado una normativa general que fije tipos y cantidades de residuos y las condiciones en las que la actividad puede quedar dispensada de la autorización y si los residuos cumplen las condiciones de no poner en peligro la salud del hombre.

Pues bien, el tratamiento de la cuestión por parte del Tribunal de Justicia va a suponer una independencia formal de los conceptos de eliminación y valorización de recursos según las distintas directivas que los tratan. En concreto y para atender a lo que dichos conceptos quieren decir y para las consecuencias de la autorización de las plantas que se dediquen a la valorización de recursos, la norma de referencia es la Directiva “residuos”. Ahora bien, que una planta se dedique a la valorización de recursos y, por tanto, pueda ser objeto de un procedimiento de autorización simplificado, no quiere decir que desde el punto de vista de la evaluación de

XIII. Medio Ambiente

impacto ambiental no pueda considerarse como de eliminación de recursos y, por tanto, ser necesitada de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previa a su autorización (aun con procedimiento simplificado) pues estas plantas están contenidas en el epígrafe 9 del Anexo I de la Directiva 85/337 y toda operación de valorización de residuos es, ambientalmente, de eliminación de residuos. En concreto, el apartado 44 indica lo siguiente:

“Por consiguiente, procede considerar que el concepto de eliminación de residuos, en el sentido de la Directiva 85/337, es un concepto autónomo que debe recibir un significado plenamente acorde con la finalidad que ésta persigue (...). En consecuencia, este concepto, que no equivale al de eliminación de residuos a efectos de la Directiva 75/442, debe interpretarse *lato sensu* con el significado de que comprende todas las operaciones que den lugar bien a la eliminación de residuos, en el sentido estricto de la palabra, bien a su valorización.”

Por otra parte, se considera también inadecuada a la Directiva de evaluación de impacto ambiental la normativa italiana que utiliza criterios inadecuados para juzgar cuándo un proyecto debe ser sometido, o no, a evaluación de impacto ambiental. No se trata solamente de la fijación de umbrales (las cien toneladas diarias), dice la Sentencia, sino que deben tenerse en cuenta las características de los proyectos (tamaño de los proyectos, acumulación con otros, utilización de recursos naturales, generación de residuos, riesgo de accidentes, ...), del lugar donde deben ser instalados (sensibilidad medioambiental, uso existente del suelo, capacidad de carga del medio natural) y características del impacto con respecto al área geográfica y al tamaño de la población afectada para saber si va a tener, o no, repercusiones significativas sobre el medio ambiente (apartado 55 de la Sentencia). En todo caso, tampoco Italia habría aprobado la normativa general que exige el artículo 11 de la Directiva de residuos para poder proceder al procedimiento simplificado.

C) Relación de otras Sentencias aparecidas en el período contemplado

A continuación se incluye una relación de Sentencias en materia de medio ambiente aparecidas en el período considerado con mención a la normativa comunitaria tratada:

STJCE de 23 de noviembre de 2006 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-452/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, relativa al tratamiento de las aguas urbanas residuales.

STJCE de 30 de noviembre de 2006 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-293/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, relativa al tratamiento de las aguas urbanas residuales.

STJCE de 7 de diciembre de 2006 (Sala Quinta), recaída en el asunto C-54/06, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana. Incumplimiento de Estado. Directiva 2041/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de las incidencias de ciertos planes y programas sobre el medio ambiente.

STJCE de 14 de diciembre de 2006 (Sala Octava), recaída en el asunto C-390/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Grecia. Incumplimiento de Estado. Reglamento (CE) núm. 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativo a las sustancias que empobrecen la capa de ozono.

STJCE de 14 de diciembre de 2006 (Sala Séptima), recaída en el asunto C-198/06, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado. Directiva 1999/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, relativa a la disponibilidad de informaciones sobre el consumo de carburante y las emisiones de CO₂ a disposición de los consumidores con ocasión de la comercialización de vehículos particulares nuevos.

STJCE de 14 de diciembre de 2006 (Sala Quinta), recaída en el asunto C-138/06, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Incumplimiento de Estado. Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2000, relativa a la evaluación y gestión del ruido en el ambiente.

STJCE de 11 de enero de 2007 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-183/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. Incumplimiento de Estado. Directiva 92/43/CE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

STJCE de 25 de enero de 2007 (Sala Quinta), recaída en el asunto C-405/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, relativa al tratamiento de las aguas urbanas residuales.

STJCE de 1 de febrero de 2007 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-199/04, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Incumplimiento de Estado. 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.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por el nivel excesivo de sustancias contaminantes debidas a las emisiones de una planta siderúrgica. Balance entre intereses generales e individuales. Obligación del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para proteger los derechos de los particulares

En la STEDH de 26 de octubre de 2006, en el asunto Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina contra Rusia, el Tribunal se pronuncia sobre la posible violación

XIII. Medio Ambiente

del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como consecuencia de las altas concentraciones de sustancias peligrosas para la salud emitidas por una planta siderúrgica existente en las cercanías de los domicilios de los demandantes. Para ello comienza advirtiendo que a menudo es imposible cuantificar los efectos de la contaminación industrial en la salud de cada individuo y distinguirlos de los debidos a otros factores como edad, profesión, etc. Además añade que, dado el carácter subjetivo del concepto calidad de vida, debe confiar en los tribunales y autoridades internas competentes para concluir si la misma ha sido afectada por la contaminación. Sin embargo, en algunos casos, especialmente si las opiniones de esas autoridades son obviamente inconsistentes o contradictorias, debe examinar por sí mismo las pruebas.

A continuación recuerda que este caso no difiere sustancialmente del asunto *Fadeyeva contra Rusia*, en el que, en su Sentencia de 19 de mayo de 2005, determinó que no había duda respecto al efecto adverso de la contaminación industrial de la misma planta siderúrgica sobre la calidad de vida y el domicilio de la demandante. En ese sentido afirma que el cuarto demandante, que como los demás vivía en la zona de seguridad sanitaria creada en torno a la planta —una especie de zona tapón que separa las fuentes emisoras de la contaminación de las áreas residenciales de la ciudad—, obtuviera un nuevo piso fuera de la misma concedido por las autoridades, dejando de estar afectado por los niveles peligrosos de contaminación, no elimina los efectos adversos sufridos con anterioridad.

Por otra parte el Tribunal no admite las pretensiones del Gobierno ruso de que los propios demandantes habían creado o eran responsables de la situación que denuncian, puesto que se habían trasladado voluntariamente a residencias situadas dentro de la zona de seguridad sanitaria, y que la abolición del Decreto por el que se delimitaba de manera precisa la zona de seguridad sanitaria hacía desaparecer el objeto de la demanda, ya que los demandantes dejaban de residir en dicha zona, desapareciendo por tanto la obligación de las autoridades de realojarlos en una nueva residencia fuera de la misma. Respecto de la primera cuestión afirma que no se podía hacer a los demandantes responsables en un momento en que eran incapaces de elegir una opción informada o no estaban en posición de rechazar la residencia ofrecida por el Estado o de trasladarse a una nueva residencia por sus propios medios. En cuanto a la segunda se señala que la anulación del citado Decreto no se debía a una bajada del nivel de concentración de los productos tóxicos por lo que los cambios en el estatuto legal de la zona de seguridad sanitaria no modificaban la situación de los demandantes desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio. Además a la alegación del Gobierno ruso de que los demandantes no habían obtenido los informes correspondientes de los órganos competentes del Estado respecto de la condición de inhabilitación de sus viviendas y que esta cuestión no se había discutido en los tribunales internos, responde que la legislación a la que se refiere el Gobierno es posterior a la discusión del asunto en los tribunales internos y que los demandantes han aportado un amplio número de documentos, informes, etc., confirmando que la concentración de ciertos contaminantes cerca de su residencia superaba los niveles de seguridad.

El Tribunal afirma que debe determinarse si la contribución al sistema económico de la región que resulta de la continuidad de la actividad de la planta permite a las autoridades inclinarse por dicha continuidad a la hora de hacer el balance entre los intereses generales de la comunidad y los individuales de los demandantes. Recuerda las dos alternativas, apuntadas en el asunto *Fadeyeva*, para que el Estado resuelva el problema: el realojo de los demandantes fuera de la zona de seguridad o la reducción de las emisiones tóxicas, señalando que en el primer caso los tres primeros demandantes no habían sido realojados ni recibido compensación por los costes de su realojamiento. Respecto al cuarto recuerda que su realojo podía resolver su problema de cara al futuro, pero no respecto al período precedente por lo que no le priva de legitimación para plantear la demanda por violación del Convenio en el sentido del artículo 34 del mismo.

En cuanto a la segunda opción advierte que la cuestión esencial es de qué forma el Estado protegió los intereses de los demandantes regulando la industria privada, y es irrelevante si la planta tenía voluntad de reducir o eliminar la contaminación y si dio pasos relevantes en esa dirección. En ese sentido señala que el Gobierno no presenta los permisos, licencias u otros documentos en los que se establecería su política de regulación de la actividad de la planta, ni explica cómo controló y obligó a ésta al cumplimiento de las condiciones de su actividad recogidas en esos permisos, licencias o en los estándares medioambientales generales. En conclusión el Gobierno no ha planteado ningún hecho nuevo que pueda convencer al Tribunal para llegar a una conclusión distinta que en el asunto *Fedayeva*, por lo que, a pesar del margen de apreciación que se les reconoce, las autoridades no han tomado las medidas apropiadas para proteger los derechos de los demandantes al respeto de sus domicilios y sus vidas privadas contra los daños medioambientales graves. Por todo ello concluye, por unanimidad, que existe violación del artículo 8 del Convenio e impone al Estado ruso una satisfacción equitativa a los demandantes.

B) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Violación por ruidos y emisiones nocivas generadas por una planta de tratamiento de residuos. El alcance del derecho y la doble obligación de los Estados. La garantía del justo equilibrio entre intereses individuales y generales en el procedimiento decisorio en cuestiones medioambientales

El Tribunal en su STEDH de 2 de noviembre de 2006, en el asunto *Giacomelli contra Italia*, se pronuncia sobre la violación del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) como consecuencia de los ruidos y las emisiones nocivas generadas por una planta de tratamiento de residuos situada a 30 metros del domicilio de la demandante. Con ese fin recuerda que ese derecho incluye no sólo la protección física del domicilio sino también las condiciones que permitan su disfrute con tranquilidad, de forma que su violación se produce tanto por una entrada no autorizada como cuando se alteran esas condiciones, por ejemplo, mediante ruidos, emisiones u olores. De ello resulta una doble obligación a cargo de los Estados,

XIII. Medio Ambiente

consistente tanto en la prohibición de llevar a cabo directamente esas alteraciones de las condiciones del domicilio como en la adopción de medidas razonables y adecuadas para proteger a los particulares de esas alteraciones provenientes del sector privado. A continuación el Tribunal señala que las medidas medioambientales adoptadas por el Estado deben alcanzar el justo equilibrio entre el interés general de la sociedad en su conjunto y los intereses particulares del individuo. El logro de ese equilibrio se analiza en este caso tanto en una perspectiva material como formal; así el Tribunal examina tanto la compatibilidad del contenido de las decisiones del Gobierno italiano con el artículo 8 como si en el procedimiento decisorio se han tenido debidamente en cuenta los intereses particulares de la demandante. En relación con la primera cuestión recuerda su jurisprudencia relativa al margen de apreciación del que deben disfrutar los Estados en los asuntos relacionados con el medio ambiente, apuntándose que las autoridades nacionales son las mejor situadas para evaluar la necesidad de una injerencia en el derecho al respeto del domicilio. A este respecto el Gobierno italiano alega que sus decisiones se justifican sobre la base de su interés en proteger los intereses económicos de la región y de todo el país y la necesidad de salvaguardar la salud pública de los ciudadanos.

A continuación, el Tribunal recuerda que el mencionado equilibrio de intereses conlleva que el procedimiento decisorio que conduce a las medidas que interfieren en el derecho al respeto del domicilio debe ser equitativo y respetar debidamente esos intereses protegidos por el artículo 8. Para ello se establece que dichas medidas han de basarse en datos exhaustivos y verificables, debiendo llevarse a cabo previamente encuestas y estudios que permitan anticipar los perjuicios medioambientales que puedan causarse. Además advierte de la importancia del acceso del público a esas conclusiones y estudios, así como de que esos individuos afectados puedan plantear recursos contra dichas decisiones si consideran que sus intereses no han sido debidamente tenidos en cuenta.

El Tribunal señala, en relación con el caso concreto, tanto la falta de estudios o encuestas previas a las decisiones de autorización de explotación de la planta y de tratamiento de residuos industriales, a pesar de lo que al respecto recoge la legislación italiana, como los informes del Ministerio de medio ambiente acerca de la incompatibilidad de la actividad de la planta con las normas medioambientales. A eso se añade que, a pesar de que alguno de los procedimientos iniciados en los tribunales por la demandante ha concluido con la decisión de suspensión de la actividad de la planta, la administración no ha ejecutado esa decisión. Además rechaza la pretensión del Gobierno italiano de que tanto la autorización del Ministerio de medio ambiente de 2004 para continuar con la actividad de la planta como la decisión del Tribunal administrativo de Lombardia de rechazar el último recurso de la demandante demuestran la falta de peligrosidad de la actividad de la planta y los esfuerzos de las autoridades por encontrar el justo equilibrio antes apuntado. A este respecto el Tribunal señala que eso no impide que durante varios años la demandante haya sufrido un perjuicio grave en su derecho al respeto del domicilio en razón de las actividades peligrosas de la planta construida a treinta metros de su domicilio.

Así el Tribunal concluye que el Estado no ha sabido encontrar el justo equilibrio entre el interés de la colectividad a disponer de una planta de tratamiento de residuos industriales tóxicos y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Por lo que acuerda por unanimidad que ha existido violación del artículo 8 del Convenio e impone al Estado italiano una satisfacción equitativa por los perjuicios causados a la demandante.

4. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. LA REDUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD CINEGÉTICA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE UN PARQUE NATURAL EXIGE LAS CORRESPONDIENTES COMPENSACIONES EN FUNCIÓN DEL TIPO DE LIMITACIONES IMPUESTAS

El TS en su STS de 14 de febrero de 2006, Ar. 4437, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, estima los recursos contencioso-administrativos originarios, anula los actos impugnados y condena a la Administración demandada a abonar la cantidad de 168.283 euros más los intereses legales devengados.

La razón que fundamenta dicha decisión se justifica para el TS en que la privación de aprovechamientos cinegéticos o forestales como consecuencia de la declaración de un espacio natural protegido supone una restricción singular que no debe ser soportada sin la correspondiente indemnización.

En el presente caso el demandante afectado era titular como arrendatario de un coto de caza ubicado en unos terrenos en los que sobre determinada superficie se prohibió el ejercicio de la actividad cinegética como consecuencia de la declaración del Parque Natural de la Hoces del Río Duratón por la Ley autonómica 15/1989, de 27 de junio, cuyo artículo 7.2, viene a desarrollar el artículo 5.2 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales de Castilla y León y lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, precepto este último en el que, como había reconocido el citado Tribunal en su Sentencia de 21 de octubre de 2003, se recoge el principio de que nadie puede ser privado de sus derechos e intereses legítimos sin causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización.

Para el Alto Tribunal la privación de los aprovechamientos cinegéticos no constituye una mera limitación de uso sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben soportar los desposeídos sin una congruente remuneración, es decir, con las adecuadas compensaciones, según el tipo de limitaciones impuestas dentro de las Áreas de Influencia Socioeconómica que comprendan el conjunto de los términos municipales donde se encuentren ubicados el espacio natural y sus zonas periféricas de protección.

XIII. Medio Ambiente

5. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA. LAS FECHAS DE PRINCIPIO Y FIN DE LAS VEDAS DE CAZA NO TIENEN CARÁCTER BÁSICO CORRESPONDIENDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SU FIJACIÓN SEGÚN LAS ESPECIES

El recurso de casación deducido por la Administración del Estado contra la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto a su vez ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la Orden de 18 de abril de 2002, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, por la que se regulaban las vedas de los períodos hábiles para la temporada de caza en el territorio andaluz, permite al TS recordar en su **STS de 12 de mayo de 2006**, Ar. 4632, que la sentencia 102/1995, de 8 de septiembre, del Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, de declaración de especies que pueden ser objeto de caza y pesca y normas para su protección, en cuanto determinaba que los artículos 1.1, 3.1, 4.2 y su Disposición Adicional Segunda tenían el carácter de normativa básica estatal fijando uniformemente para toda España las fechas de principio y fin de las vedas.

La sentencia del Tribunal Constitucional negó en su día el carácter básico de esa regulación sobre la base de que no es posible la uniformidad de las fechas de veda para toda España dada la diversidad de una España compleja con sus diferentes perspectivas peninsular e insular, seca o húmeda, orográficamente exasperada, hecha de meseta y costa, con climas variados e incluso microclimas coexistentes en territorios no muy extensos, donde puede pasarse del paisaje alpino al subtropical, del helecho a la guayaba en pocos kilómetros. Concluyendo que en definitiva la Disposición Adicional Primera del RD 1095/1989 había de reputarse viciada de incompetencia *erga omnes* eliminando el carácter básico de los preceptos referenciados en la misma.

6. INFORMACIÓN AMBIENTAL. LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL DE DATOS DE MEDICIÓN PERIÓDICA OBLIGATORIA POR LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEBE DIVULGARSE A TRAVÉS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES

El TS en su **STS de 4 de abril de 2006**, Ar. 4467, casa la de instancia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid que desestimó a su vez el recurso contencioso-administrativo formulado por AEDENAT contra la resolución del Ayuntamiento de Madrid por la que se le había denegado a la citada Asociación la petición de información con carácter mensual y permanente acerca de las emisiones de la Planta incineradora de residuos sólidos urbanos de Valdemingómez, al entender el tribunal de instancia que, en aplicación del artículo 3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho a acceso a información en materia de medio ambiente, la petición de información era manifiestamente abusiva (FD 6º). El TS va a casar la sentencia estimando el motivo esgrimido por la asociación recurrente, y rechaza el carácter abusivo de la información solicitada por cuanto al tratarse de una petición aislada ésta no puede considerarse como abusiva en base a que el artículo 3 de la Directiva 90/303, de 7 de junio de 1990, e, incluso en términos más amplios el artículo 1 de la Ley 38/1995, reconocen este derecho a “cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado”.

Pero, una vez casada la sentencia de instancia, el TS va a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación, sobre la base de que no nos encontramos ante una petición individualizada de información general sino ante una petición permanente de información de datos de medición periódica obligatoria, la denominada “Difusión periódica de información ambiental” que se contempla en los artículos 6 y 7 de la Directiva, así como en el 6 de la Ley 38/1995.

Lo que conduce al Tribunal a interpretar que, si bien el derecho a la información puede reconocerse individualmente cuando de solicitudes puntuales se trate, tal derecho se transforma en un derecho a la difusión periódica medioambiental cuando el contenido de la información pretendida sean datos de información periódica medioambiental de obligada medición por parte de las Administraciones públicas. Criterio que complementa la nueva Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, añadiendo en su preámbulo que los Estados miembros deben fijar las modalidades prácticas de puesta a disposición efectiva de la información garantizando al público un acceso fácil y efectivo a la misma mediante redes públicas de telecomunicaciones, fundamentalmente a través de las nuevas tecnologías.

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Vertidos: construcción de estación depuradora al lado de edificio calificado como Bien de Interés Cultural; multa a un Ayuntamiento por infracción grave por contaminación de la calidad de las aguas; minoración de sanción por error de cálculo de la carga contaminante

A la impugnación de la realización de obras de construcción de una estación de depuradora de aguas residuales por ser considerada por la parte recurrente como una vía de hecho se refiere la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2006, Ar. 293.472. Se niega sin embargo por el TSJ que estemos ante una vía de hecho sin cobertura jurídica, porque es cierto que dicha construcción es colindante a un edificio calificado como Bien de Interés Cultural, del que es copropietaria la recurrente, pero también lo es que por un lado dicha EDAR se hallaba en el listado de la Ley 22/1997, de 8 de julio, por la que se declararon de interés general diversas obras hidráulicas, y que han concurrido distintos informes en el expediente que descartan que fuera necesaria la intervención de la autoridad autonómica encargada de la protección del Patrimonio Cultural. Tampoco es precisa la licencia de actividad clasificada en este supuesto, ya que al encontrarnos ante una obra de interés general, no es necesario el control preventivo municipal por aplicación del artículo 116 de la Lag. de 1985 (tras modificación por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, posterior artículo 127 del TRLA).

Por otra parte, la SAN de 16 de noviembre de 2006, Ar. 293.176, estima conforme a derecho la multa impuesta a un Ayuntamiento por infracción grave, junto con la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en una determi-

XIII. Medio Ambiente

nada cuantía. Según el artículo 116.c) del TRLA se tipifica como infracción el incumplimiento de las condiciones impuestas en las autorizaciones administrativas. En el presente caso, ha quedado demostrado a través de distintas tomas de muestras efectuadas por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que los vertidos contaminantes salían de los colectores municipales y recaían en arroyos de especial protección, de manera que la carga contaminante excedía de los valores permitidos en la autorización con que contaba el Ayuntamiento, incumpléndose pues por éste el tratamiento de aguas residuales a que está obligado. Se aduce indefensión por la Corporación municipal y por tanto vulneración del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, pues en su opinión en la toma de muestras no se le permitió un análisis contradictorio, si bien dicho argumento no puede prosperar porque consta en el expediente que se rechazó expresamente por la propia Corporación Local la realización de una toma de muestras alternativa.

De similar temática pero de diferente resultado es la **SAN de 23 de noviembre de 2006**, Ar. 292.903. También en este litigio un Ayuntamiento recurre contra una Resolución administrativa que le impone una multa y una indemnización por daños causados al dominio público hidráulico por vertidos que exceden de los límites autorizados, sin embargo en esta ocasión el ente municipal consigue hacer valer su pretensión de que se rectifique la calificación de infracción grave y se consideren los hechos como infracción menos grave, pasando la multa debida de 30.050,62 a 6.010,13 euros, y la indemnización fijada de 16.706,35 a 1.945,71 euros. La avería de la estación depuradora, por la cual se ocasionaron los vertidos contaminantes durante unos días no fue causada por una tormenta eléctrica como señalaba el Ayuntamiento para eximirse de responsabilidad, pero ha de reconocerse que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir cuando realizó los cálculos incurrió en errores, pues para un vertido DB05/año se utilizó la concentración de DQO (539,2 mg/l), cuando lo cierto es que la concentración de DB05/año es de 164,4 mg/l (véase, sobre lo que significan esos valores, el anexo I del RD 509/1996, de 15 de marzo, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas).

8. AGUAS MARÍTIMAS

A) Puertos: los proyectos de modificación de puertos deportivos deben someterse a Evaluación de Impacto Ambiental y a Estudio de Dinámica del Litoral

Como recuerdan las dos SSTS de 18 de enero de 2006, Ar. 4309 y 4310, los proyectos de ampliación de puertos deportivos deben ir acompañados de los correspondientes Evaluación de Impacto Ambiental y Estudio de Dinámica del Litoral, referidos precisamente a ese proyecto en concreto. Quiere decirse con esto que no es válido aportar, a modo de tales estudios, proyectos previos en los que se aprecien variaciones evidentes en relación con aquéllos. Este hecho determina la nulidad de los actos aprobatorios de los proyectos no analizados, del otorgamiento de la concesión para su construcción y explotación, y de la licencia municipal de obras al efecto.

9. CARRETERAS: IMPACTO AMBIENTAL

En esta materia, debemos mencionar la **STS de 11 de octubre de 2006**, Ar. 8214, que revoca parcialmente la Sentencia del TSJ de Euskadi de 20 de mayo de 2003, y anula la declaración de urgente ocupación en una expropiación realizada por la Diputación Foral alavesa, para ejecutar unas obras de reforma de un vial, en los accesos a la carretera N-102.

Al margen de los argumentos sobre expropiación forzosa que el Tribunal Supremo analiza en esta Sentencia, nos interesa destacar aquí únicamente los relativos a la materia medioambiental y, en concreto, a la necesidad o no de estudio de impacto ambiental, sobre la que se reflexiona en el FJ 3º de la Sentencia, al analizar el contenido de la Sentencia de instancia.

En concreto, el estudio de impacto ambiental es necesario (según el Reglamento de Carreteras) para los proyectos iniciales, pero no en relación con sus modificaciones de escasa importancia.

Pero en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente del País Vasco (artículo 41.1 en relación con el Anexo I, B.1.1) se exige esta declaración en la construcción de variantes y modificaciones de trazado de longitud superior a 2 kilómetros cuando no cuenten con calificación de suelo en los planes de ordenación territorial que hayan sido sometidos al procedimiento de evaluación conjunta de impacto ambiental.

En este caso, el proyecto de 2000 sí que se sometió a esta evaluación de impacto, pero no la modificación de 2001 (al considerarse que ésta era de escasa trascendencia), poniéndose en conocimiento del Servicio de Medio Ambiente para que en su caso formulara alegaciones (que no fueron planteadas).

Pues bien, según el TS, es claro que la longitud del trazado de la modificación de 2001 es inferior a dos kilómetros, por lo que no es preciso realizar una nueva declaración de impacto ambiental, al ser suficiente la inicialmente formulada (FFJJ 3º y 12º).

10. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos autonómicos ambientales: cánones de saneamiento

a) Cánones de saneamiento y competencias municipales: problemas de compatibilidad con otras exacciones

El TSJ de Murcia desestima mediante **STSJ de 17 de febrero de 2006** (JUR 2007/6758), el recurso contencioso interpuesto por un Ayuntamiento con el que sustancialmente se pedía el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley creadora de la

XIII. Medio Ambiente

figura por vulnerar la autonomía local, a la vista de las competencias sobre saneamiento y depuración de las aguas que atribuye a los Ayuntamientos la Ley de Bases de Régimen Local. No aprecia la Sala esta usurpación a la vista de las competencias atribuidas estatutariamente a la Región de Murcia así como del Derecho comunitario. Asimismo señala que no puede confundirse una figura de esta naturaleza con las tasas que legítimamente puedan exigir los Ayuntamientos por los servicios prestados en este ámbito.

La **STSJ de Baleares de 22 de junio de 2006** insiste en otro tema recurrente en las conflictivas relaciones entre las Administraciones autonómicas y locales con motivo de los cánones de saneamiento. Es un hecho que muchos Ayuntamientos habían realizado inversiones y políticas de depuración de las aguas residuales antes de que se movieran los planes regionales de saneamiento. La normativa balear previene que las inversiones costeadas por los Ayuntamientos fueran compensadas en función del valor de las mismas y lo repercutido por ello a los usuarios. Una vez aprobado el Decreto de desarrollo, se producen conflictos entre Ayuntamientos y Comunidad Autónoma para valorar las compensaciones. El TSJ no atenderá la demanda del Ayuntamiento ante las deficiencias probatorias de la misma y la circunstancia de que tampoco acudiera a una tasación pericial contradictoria. Asimismo, tampoco le reconocerá que se aplique una capitalización y actualización compuesta, como solicitaba el Ayuntamiento, sino una capitalización y actualización simple, acudiendo a una pericial (en Derecho) que interprete el texto legal.

b) Avatares de los textos reglamentarios de los cánones de saneamiento

El Reglamento murciano del canon de saneamiento, aprobado por Decreto 102/2002 fue anulado en su conjunto por la Sentencia del TSJ de Murcia de 27 de octubre de 2005, por entender que se cometieron irregularidades sustanciales en su elaboración, en particular, no haber puesto a disposición del Consejo Económico y Social regional todos los datos necesarios para que pudiera cumplir sus funciones.

Otras sentencias han considerado nulos determinados preceptos del mismo (Sentencias del TSJ de Murcia de 28 de julio de 2005 y 30 de enero de 2006).

c) Elementos de cuantificación del impuesto: defectos reglamentarios

El TSJ de Valencia estima el recurso planteado por una empresa, sujeto pasivo del impuesto por los autoconsumos de agua efectuados, ante las deficiencias observadas en la reglamentación del impuesto respecto del texto legal. Se trata de la **STSJ de Valencia de 28 de abril de 2006**. El caso es que la ley del impuesto prevé que para la determinación del canon se tome como criterio la deducción correspondiente a primas por propia depuración. Pues bien, el Reglamento no ha concretado esto de ninguna manera vulnerando lo previsto en la Ley que en modo alguno podía contemplar factores meramente facultativos.

d) Sobre la compensación efectuada por la Comunidad Autónoma de las compensaciones o indemnizaciones debidas por los costes de mantenimiento, conservación y explotación del servicio de depuración que corren a cargo de la entidad suministradora sustituta con las cantidades a ingresar por el canon

La STSJ de Baleares de 28 de marzo de 2006 reconoce que la Comunidad Autónoma estaba facultada para compensar de oficio los créditos y las deudas a las que se hace referencia en la rúbrica, a lo que se negaba el Ayuntamiento demandante que, a la sazón, litigaba sobre el importe de dichas compensaciones. Para el TSJ la parte del crédito reconocido cumplía con todos los requisitos previstos en la Ley General Tributaria.

e) Particularidades ligadas a que con frecuencia el sujeto pasivo es una Corporación Local ¿es relevante el artículo 60 de la Ley de Bases de Régimen Local?

La STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2006, además de negar toda posibilidad de condonar la prestación, advierte que es totalmente imposible la aplicación del precitado artículo, según el cual “Cuando una entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local.” Señala acertadamente la Sala que la Corporación local “viene a desconocer que no estamos en presencia de un incumplimiento de obligaciones impuestas a la entidad local directamente por la Ley frente a terceros, que puede afectar a competencias de la Comunidad Autónoma ‘cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada’, que es a lo que se refiere el mencionado precepto, sino que, el caso, hace referencia a una relación jurídico-tributaria derivada de la condición de sujeto pasivo del Ayuntamiento”.

f) Posibilidad de que el asunto alcance al Tribunal Supremo

La STSJ de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7616), no da pie a reinterpretar los criterios del TSJ (en este caso de Cataluña) que generalmente habrían de tomar la última palabra en lo que se refiere a una figura como ésta, que es un tributo autonómico propio. Se interpuso un recurso de casación en interés de ley tratando de justificar que la sentencia de instancia se basó en una norma estatal, en el caso concreto el artículo de la Ley General Tributaria referido al recurso extraordinario de revisión. En las propias palabras del Alto Tribunal: “Queda fuera de la competencia de este Tribunal valorar el contenido de la sentencia recurrida al margen de los estrictos límites legales que delimitan el recurso de casación en interés de la Ley, pero resulta claro que, por muchos esfuerzos que se hagan por el Letrado de la Generalidad de Cataluña, es más que evidente que la sentencia no se basó, explícita, ni implícitamente, en el artículo 171.1.a) de la Ley General Tributaria de

XIII. Medio Ambiente

28 de diciembre de 1963, ni, en consecuencia, en la existencia de error de hecho, sino en la falta de motivación del método de estimación indirecta aplicado en la determinación de la base y, en todo caso, en la falta de un elemento comparativo que permita la justificación del volumen de agua realmente consumido.”

B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) Sujeción de la venta de petróleo no apto para el refinado a consumidores finales para su utilización como combustible

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2006 (JT 888), considera procedente la sujeción al impuesto de esta clase de operaciones y la imposición de sanciones por su no declaración.

b) Utilización de gasóleo bonificado e imposición de sanciones

El Tribunal Económico-Administrativo Foral de Navarra resuelve varias reclamaciones en las que se discute la posibilidad de utilización de gasóleo bonificado, lo que se vincula normativamente a ciertos usos. Las RRTEAF de 3 de febrero y 3 de marzo de 2003 (JT 2006, 831 y 837, respectivamente), son estimatorias, al menos parcialmente. Sostiene el TEAF que el motor de una excavadora no puede ser considerado ni como un motor de maquinaria agrícola ni como un motor fijo (únicos supuestos previstos en el momento del devengo del impuesto), ya que su fuerza motriz se emplea para la propulsión del vehículo. El caso es que el Tribunal anulará la sanción impuesta, sobre la base del ofrecimiento por el contribuyente de una interpretación razonable de la norma excluyente de la culpa. La resolución contiene un considerando que aunque pudiera considerarse inútil en el caso concreto me parece digno de ser señalado: el TEAF alude a modificaciones normativas posteriores ampliatorias de los supuestos de utilización de este gasóleo en las que podría encajar el caso de autos, y que ello hubiera podido hacer pensar en el principio de la retroactividad de la ley más favorable. Nada más lejos de la realidad. La modificación de la norma material en modo alguno puede significar que se exima la conducta defraudatoria realizada bajo otras disposiciones.

La RTEAF de 3 de marzo de 2003 (JT 833), estudia quién es el autor de la infracción, el titular del vehículo o el conductor del mismo, considerando como responsable de la infracción al primero.

c) Suministros a tipo reducido sin autorización

La STS de 11 de abril de 2006 (RJ 5109), desestima un recurso de casación en relación con las liquidaciones tributarias y la imposición de sanciones a un contribuyente que había realizado suministros directos de gasóleo bonificado a un consumidor final (a tipo reducido) cuando únicamente poseía autorización administrativa para la distribución al por menor de gasóleo bonificado en instalaciones de venta al público. Se considera correcta la regularización efectuada y negligente la conducta de la empresa.

C) Impuestos sobre el Transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte

La STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2006 (JT 676), estima el recurso planteado en relación con esta figura, en lo que concierne a la aplicación de determinados beneficios fiscales a los vehículos con matrícula turística. Dichos beneficios se predicarían en el caso de que efectivamente pudiera utilizarse tal matrícula, lo que precisa: a) residencia del titular fuera del territorio aduanero de la Unión Europea; b) utilización para uso privado, y c) no realización de actividades lucrativas ni prestación de servicios en territorio español. El asunto se centraba en la presencia o no de este tercer requisito. El titular había sido Administrador único de una empresa, habiendo cesado en ello, lo que quedó reflejado en acta notarial, si bien no tuvo reflejo en el Registro mercantil. Al entender de la Sala, en esas circunstancias, no podía considerarse que prestase servicios personales en territorio español.

D) Tasas ambientales

La SAN de 8 de mayo de 2006 (JT 1004), se refiere a las Tasas por inspección y control de centrales nucleares por el ejercicio 2003. El recurso estuvo centrado en la posibilidad o no de elevar el importe de las mismas por la aplicación del coeficiente 1,02 fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Habida cuenta de la naturaleza del tributo resulta procedente la actualización, teniendo en cuenta que existe una norma sustantiva que así lo preveía, aunque no fuera la Ley de cabecera de la tasa, sino la Ley que generalmente afecta a todas ellas, Ley 25/1998, de 13 de julio.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración general. 2. Agricultura. A) Pagos por superficie a determinados agricultores: desviación de poder y arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria. B) Ayudas a la producción de aceite de oliva: método de cálculo y nulidad del expediente administrativo. **3. Ayudas públicas.** A) Derecho comunitario. B) Denegación de ayudas. C) Subrogación. D) Denegación. Incumplimiento de las condiciones.

4. Contratos públicos. Jurisprudencia comunitaria. 5. Defensa de la competencia.

A) Campaña publicitaria de empresa dominante en el mercado. B) Operación de concentración económica sin autorización administrativa y garantías del procedimiento sancionador. **6. Energía.** A) Determinación del precio. B) Liquidación y primas.

C) Producción. **7. Pesca.** A) Pesca marítima de recreo: discrecionalidad administrativa y normativa reguladora de nuevas medidas restrictivas. B) Pesca marítima: medidas para la conservación y gestión de las poblaciones e intervención de la Comisión Europea.

8. Servicios públicos. A) Transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo y derecho comunitario. B) La reserva de ciertas actividades de asesoramiento fiscal a los Centros de Asesoramiento Fiscal italianos. **9. Telecomunicaciones.** A) Competencias municipales. B) Intervención. Contabilidad de los gastos. C) Dominio público radioeléctrico. D) Televisión. Infracciones. E) Servicio telefónico. **10. Transporte terrestre.**

A) Arbitraje. B) Transportes interurbanos por carretera. Parada en el casco urbano.

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

En la presente crónica se analizan las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos, ayudas públicas y servicios públicos del año 2006, las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la STC 312/2006, de 8 de noviembre y la STC 365/2006, de 21 de diciembre, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 16 a 23 de 2006.

2. AGRICULTURA

A) Pagos por superficie a determinados agricultores: desviación de poder y arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria

La STS de 8 de marzo de 2006, Ar. 5518, resuelve el recurso de casación planteado por la Junta de Extremadura contra el Real Decreto 218/2004, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1026/2002, de 4 de octubre, sobre pagos por superficie a los productores de determinados productos agrícolas, que se dicta por el Gobierno en desarrollo del Reglamento CE del Consejo 1782/2003, de 29 de septiembre, que, reformando diversos reglamentos comunitarios anteriores aprueba disposiciones aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y establece diversos regímenes de ayuda a los agricultores. Concretamente, la impugnación, que se refiere a los preceptos relativos a la determinación de la superficie nacional básica de arroz y al cultivo del producto en las distintas Comunidades Autónomas, se basa en una supuesta desviación de poder por parte del Consejo de Ministros al aprobar los indicados reales decretos. El motivo de fondo que subyace en el recurso planteado es que en los últimos años Extremadura ha tenido un gran incremento en la producción de arroz, a diferencia de otras regiones españolas, de manera que la fijación de la superficie supone una previsión inferior a lo que venía siendo el cultivo real. Por ello, si se mantienen los cultivos actuales, que superan la superficie básica que fija el Real Decreto 218/2004, los agricultores extremeños se verán penalizados en cuanto a la percepción de ayudas.

El TS considera que en el caso enjuiciado no ha tenido lugar la mencionada desviación de poder. Es doctrina pacífica que dicha desviación existe cuando, pese a la apariencia de que se están procurando los fines previstos en el ordenamiento jurídico, en realidad se están procurando otros distintos, que no son lo que deben perseguirse en uso de la potestad que otorga un precepto concreto legal o reglamentario. Asimismo, salvo que de los poderes políticos se haga un uso manifiestamente injusto y poco o nada razonable, el TS ha de pronunciarse sobre la conformidad a derecho de la norma impugnada y no sobre su adecuación o la oportunidad de una decisión adoptada en materia de política económica y, en este caso, agraria. En este supuesto, el Real Decreto cuestionado dividió el espacio cultivable en subsuperficies, de modo que el cultivo quedó regionalizado al corresponder una subsuperficie básica a cada Comunidad Autónoma, que se fija utilizando como criterio la media ponderada de las tres últimas campañas agrícolas, procurando establecer un equilibrio entre unas Comunidades Autónomas y otras. En definitiva, dicha medida, que está fundamentada, tal como está prevista no contraviene la legislación española ni tampoco la comunitaria, ni se demuestra por la recurrente que sea abusiva o irrazonable.

La STS de 15 de marzo de 2006, Ar. 4776, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Unión Extremeña de Cooperativas Agrarias contra el Real Decreto 218/2004, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1026/2002, de 4 de octubre, sobre pagos por superficie a los productores de determinados productos agrícolas. Se pretende

XIV. Derecho Administrativo Económico

la nulidad del precepto reglamentario que establece la división de la superficie básica nacional de arroz en diez superficies básicas correspondientes a cada una de las Comunidades Autónomas productoras de arroz, asignando a Extremadura 20.486 hectáreas. Dicha regulación tiene su origen en la política agrícola común de la Unión Europea iniciada en el año 1995 y el Real Decreto impugnado se ha dictado precisamente a consecuencia de la reforma operada principalmente en este sector por el Reglamento CE 1782/2003, de 29 de septiembre. El antedicho Reglamento, que continúa atribuyendo a España la misma superficie fijada en el año 1995, establece las disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola comunitaria, instaurando desde la campaña 2004/2005 nuevos regímenes de ayuda y modificando Reglamentos anteriores. Se fijan los importes de las ayudas en función del rendimiento asignado a cada uno de los Estados miembros. Por lo tanto, si el Gobierno al subdividir la superficie asignada a España toma en consideración la regionalización del cultivo existente en el año 1995 y no las siete últimas campañas no se evidencia arbitrariedad alguna en su actuación. Se trata de una regulación razonablemente justificada en los propios antecedentes de la regulación del mercado del arroz a fin de paliar, en razón de su distribución proporcional al rebasamiento observado en cada Comunidad Autónoma respecto a su superficie regional, las penalizaciones que impone la Unión Europea cuando se rebasan las superficies de base nacional. En este sentido, el TS, recordando la doctrina constitucional, argumenta que el análisis de la interdicción de la arbitrariedad debe centrarse en verificar si tal precepto establece una discriminación, o bien, si aún estableciéndola, ésta carece de toda justificación, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones de la norma y de todas sus eventuales consecuencias.

B) Ayudas a la producción de aceite de oliva: método de cálculo y nulidad del expediente administrativo

La STS de 3 de mayo de 2006, Ar. 4068, admite el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El motivo principal del recurso es combatir la pretensión de nulidad que confirma la Sala de instancia, por inexistencia de expediente administrativo, sobre la base que falta una documentación considerada esencial para justificar el comportamiento de la Administración. El TS entiende que dado que los actos administrativos se presumen válidos (artículo 57 LRJPAC), la nulidad de pleno derecho está contemplada sólo respecto de una serie de supuestos que contravienen el ordenamiento jurídico en sus aspectos más esenciales (artículo 62 LRJPAC). En este sentido, la ausencia total y absoluta de procedimiento se puede dar cuando se omiten trámites de gran trascendencia y la omisión es clara, manifiesta y ostensible, o bien, también, cuando se sigue un procedimiento distinto. Pero no cuando, como en el supuesto que se enjuicia, el defecto consiste en no incluir toda la documentación que comprendía las actuaciones de la Administración: en este caso debe hablarse de nulidad relativa por irregular tramitación de la Administración.

El segundo motivo de la casación dilucida sobre el método empleado por la Administración, previsto en la normativa comunitaria para calcular las ayudas a la producción del aceite de oliva cuando no sea posible contrastar los datos alegados por los interesados

(Reglamento 3061/1984, de 31 de octubre), que consiste en comparar el rendimiento declarado con el fijado a tanto alzado para la zona donde se encuentre la explotación. Se trata, pues, de una presunción de veracidad que utiliza la Administración para determinar las ayudas que correspondan, a la que debería haber llegado tras efectuar las comprobaciones oportunas *in situ* y mediante el correspondiente informe de los inspectores respecto al medio y sistema de producción pretendidamente real. En este sentido, al no constar en el expediente dicha documentación, el Tribunal entiende que el método empleado desvirtúa la producción real mediante tablas de rendimientos medios y, por este motivo, considera destruida la presunción de veracidad en la que la Administración autonómica fundamenta su actuación.

3. AYUDAS PÚBLICAS

A) Derecho comunitario

En esta materia procede destacar dos pronunciamientos. La **STPI de 7 de junio de 2006**, As. T-613/97, **Ufex II**, se dicta a raíz de la devolución del asunto en virtud de la **STJCE de 3 de julio de 2003**, As. C-83, 93 y 94/01, **Chronopost**, que anuló la **STPI de 14 de diciembre de 2000**, As. T-613/97, **Ufex I**, y vuelve a poner sobre la mesa algunos de los problemas de la configuración de La Poste, el servicios de correos francés. Desde 1991 el servicio de correo urgente puede ser prestado por La Poste en régimen de libre competencia. El servicio se confió a dos sociedades de capital mayoritariamente público, Chronopost para los envíos nacionales, y SFMI con la asistencia de Chronopost para los internacionales. En la sentencia primeramente citada se analiza la posible consideración como ayuda de Estado de la cesión de Postadex, uno de los productos de La Poste, a SFMI-Chronopost. La Comisión entendía que, a pesar de haberse realizado sin contraprestación, la transmisión de Postadex y de su clientela no generó ningún coste para La Poste y fue una consecuencia lógica de la creación de una filial, razón por la que no constituye una ayuda de Estado.

El TPI no acoge esta argumentación. Entiende, en primer lugar, que La Poste transmitió a SFMI-Chronopost la clientela de su producto Postadex sin contrapartida alguna, y que dicho fondo de comercio representaba un activo incorporal que tenía valor económico. En segundo lugar, la sentencia recuerda que La Poste pudo crear el servicio Postadex valiéndose de los recursos del monopolio legal. Tercero, el TPI sostiene que la decisión de transmitir Postadex a SFMI-Chronopost puede imputarse al Estado, de manera que la transmisión de Postadex a SFMI-Chronopost constituye una ayuda de Estado, habida cuenta de que SFMI-Chronopost no abonó a La Post contrapartida alguna. Finalmente, la sentencia aclara que esta conclusión no queda desvirtuada por la afirmación de la Comisión de que la clientela de Postadex carecía de contravalor contable. En efecto, aunque se trate de un factor difícilmente cuantificable, ello no significa que carezca de valor (apartados 158 y siguientes).

XIV. Derecho Administrativo Económico

En definitiva, la sentencia comentada parece sustentar la idea, expresamente esgrimida por los demandantes (apartado 148), de que la transmisión a título gratuito de un activo incorporal, como un fondo de comercio, no es un acto normal característico de la relación entre una sociedad matriz y su filial, ya que raramente redundará en interés de una sociedad matriz transmitir un activo a título gratuito. Por regla general, la transmisión de un activo de una sociedad matriz a una filial suya, o bien da lugar a una remuneración, o bien adopta la forma de una aportación de capital, o bien se configura como un crédito a favor de la sociedad matriz.

La segunda sentencia que merece ser destacada es la **STPI de 5 de abril de 2006, As. T-351/02, Deutsche Bahn**, que, a diferencia de la anterior, no se pronuncia sobre el concepto de ayuda, sino sobre el requisito relativo a que ésta sea imputable al Estado. Deutsche Bahn es la empresa estatal de ferrocarril alemana. Al considerar que la exención fiscal prevista en el artículo 4, apartado 1, número 3, letra a), de la Ley alemana sobre la fiscalidad de los Hidrocarburos de 1992, en favor del combustible para aviones originaba una distorsión de la competencia entre las empresas de transporte ferroviario (más concretamente, en lo que respecta a los trenes de alta velocidad) y las empresas de transporte aéreo, Deutsche Bahn denunció dicha exoneración ante la Comisión y le solicitó que incoase un procedimiento de examen con arreglo al artículo 88 CE. Al ser rechazada esta pretensión, Deutsche Bahn interpone recurso de anulación frente a la Decisión de la Comisión.

La sentencia afirma como punto de partida que, además de otorgarse con cargo a fondos estatales, la medida controvertida debe ser imputable al Estado. Se trata de dos requisitos distintos y acumulativos, tal y como estableció la **STJCE de 16 de mayo de 2002, As. C-482/99, Francia c. Comisión**. Pues bien, en el caso analizado la medida no puede considerarse, a juicio del TPI, imputable al Estado, puesto que la Ley que contiene la exención no hace sino trasponer la Directiva 92/81, que impone a los Estados miembros una obligación clara y precisa de no gravar con el impuesto especial armonizado el combustible utilizado para la navegación aérea comercial. Al adaptar el Derecho interno a la exención, los Estados miembros se limitan a ejecutar disposiciones comunitarias conforme a las obligaciones que en virtud del Tratado les incumben, sin que para ello dispongan de margen alguno de apreciación. De ello se deduce que la disposición controvertida no es imputable al Estado alemán, sino que se deriva, en realidad, de un acto del legislador comunitario (apartados 99 y siguientes).

B) Denegación de ayudas

El Tribunal Supremo, en sus **SSTS de 27 de junio y 11 de julio de 2006**, Ar. 4660, 4973 y 4978, desestima los recursos de casación interpuestos frente a otras tantas sentencias de la Audiencia Nacional que a su vez habían desestimado los recursos frente a los acuerdos administrativos de denegación de diversas ayudas en aplicación de la ley 50/1985.

En sus sentencias el Tribunal Supremo recurre a su propia doctrina, y en particular a la **STS de 27 de junio de 2006**, Ar. 2003. En términos generales se reconoce en todos los

casos la potestad discrecional de la Administración para fijar por vía reglamentaria la delimitación de las zonas sobre las que actuar y la determinación de los sectores que deben ser calificados de promocionales, así como para decidir a continuación qué proyectos deben ser objeto de subvención.

También se rechaza el argumento de los recurrentes consistente en la vulneración del principio de igualdad, basado en la concesión de ayudas a empresas que llevan a cabo la misma actividad. En este caso el Tribunal aduce en un supuesto que los recurrentes no habían acreditado de forma suficiente la identidad de la actividad desarrollada, y en los otros dos que está justificado el cambio de criterio.

C) Subrogación

Concedida una subvención a fondo perdido a la entidad IPES Ibérica, SA se produjo una fusión por absorción de dicha entidad que pasó a denominarse IPES Ibérica, SL. Como consecuencia de este cambio de personalidad la Administración entendió que había quedado sin efecto la subvención concedida. Este acuerdo fue impugnado ante la Audiencia Nacional, la cual lo confirmó.

Según la Audiencia Nacional en el supuesto enjuiciado no se ha producido un simple cambio de denominación o alteración de la forma jurídica de la Sociedad, sino que se trata de una empresa totalmente distinta de la que solicitó y obtuvo la subvención.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 18 de julio de 2006**, Ar. 4628, recogiendo su propia doctrina (sentencia de 13 de junio de 2006, Ar. 3157) desestimó el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional. Para el Tribunal Supremo en materia subvencional el elemento personal es determinante, por lo que cualquier cambio en la naturaleza del sujeto que recibe la subvención debe comunicarse a la Administración, pudiendo ésta autorizar o denegar la subrogación.

Aplicando su doctrina general al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye 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, y las menciones que se hacen al artículo 32 del RD 1585/1987, se refieren a las producidas con posterioridad. En ninguno de los casos, puede llegarse a la conclusión que obtiene la parte recurrente de que la Administración debe resolver favorablemente al cambio si no se producen variaciones en la inversión, empleo a crear o importes, pues desde el momento en que se atribuye la facultad de resolver, ha de valorar las condiciones particulares del nuevo titular, que además ha aparecido en el expediente con posterioridad sin cumplir el deber de comunicar el cambio, y que lo hace transcurrido el plazo establecido en el artículo 28 de dicho Real Decreto, lo que determinaría en todo caso que quedara sin efecto la concesión”.

D) Denegación. Incumplimiento de las condiciones

Declarado el incumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo de concesión de subvención, la entidad que obtuvo la subvención recurrió ante la Audiencia Nacional. Desestimado el recurso, interpuso recurso casacional, el cual fue también desestimado por STS de 11 de julio de 2006, Ar. 4972.

El Tribunal Supremo niega que la sentencia impugnada incurriera en incongruencia omisiva, afirma que existe prueba suficiente relativa a la falta de la inversión requerida, niega que la Administración estuviera obligada a modificar el proyecto de inversión dada la relevancia del incumplimiento y afirma que el acto impugnado estaba suficientemente motivado a través de lo expuesto en la desestimación del recurso de reposición.

Consecuentemente, se desestima el recurso.

4. CONTRATOS PÚBLICOS. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La STJCE de 11 de mayo de 2006, As. C-340/04, *Carbotermo*, se pronuncia sobre el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, desarrollando la doctrina jurisprudencial vertida en materia de contratos *in house*. Como es conocido, la STJCE de 18 de noviembre de 1999, As. C-107/98, *Teckal*, estableció dos requisitos para considerar la Directiva 93/36 inaplicable a los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídica distinta de éste. Es preciso que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, simultáneamente, que esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. La sentencia primeramente citada aplica estos dos criterios a la adjudicación directa de un contrato de suministros realizada por el municipio italiano de Busto Arsizio a una sociedad anónima (AGESP) cuyo capital pertenece en su integridad a otra sociedad anónima (AGESP Holding), de la cual el municipio adjudicador es, a su vez, socio mayoritario (con el 99,98 %).

En relación con el primer criterio, el Tribunal constata que el poder adjudicador posee un 99,98 % del capital de AGESP Holding, mientras que el 0,02 % restante pertenece a otros entes territoriales. Según los estatutos de AGESP Holding, en el capital de dicha sociedad pueden entrar también accionistas privados, pero con dos restricciones: por una parte, la mayoría en el capital social está reservada al municipio de Busto Arsizio y, por otra, ningún accionista privado puede poseer más de una décima parte del capital de la sociedad. A su vez, AGESP Holding posee el 100% del capital de AGESP. Según los estatutos de esta última sociedad, los accionistas privados pueden entrar en su capital, sin otra restricción que la de que, exceptuando a AGESP Holding, ningún accionista puede poseer más de una décima parte del capital. El Tribunal reconoce que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria, tiende a indicar que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartados 34 y siguientes).

Sin embargo, éste no es un indicio decisivo, toda vez que los estatutos de ambas sociedades confieren al consejo de administración de cada una de ellas las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control, ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración, de manera que el control que el municipio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas, que para que se cumpla el primer criterio Teckal debe ser potencialmente determinante (STJCE de 13 de octubre de 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65). En definitiva, la capacidad de control que el Derecho de sociedades reconoce al titular del capital social no es suficiente, por sí sola, para justificar que dicho control sea análogo al que el municipio ejerce sobre sus propios servicios.

A mayor abundamiento, la eventual influencia del municipio de Busto Arsizio en las decisiones de AGESP se ejerce a través de una sociedad *holding*, y el Tribunal entiende que, según las circunstancias del caso, la intervención de un intermediario de este tipo puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (apartados 36 y siguientes).

Finalmente, la sentencia rechaza la alegación del Gobierno italiano respecto de la consideración del municipio de Busto Arsizio, AGESP Holding y AGESP como un único organismo de Derecho público, en el sentido de la Directiva 93/36. De esta manera, el Tribunal desactiva la posibilidad de que, si esta última subcontratara respetando los procedimientos de licitación previstos en las Directivas comunitarias (tal y como hizo efectivamente AGESP), el primero pudiera adjudicar directamente al segundo las tareas de que se trate (apartados 43 y siguientes).

Respecto del segundo criterio, la sentencia señala que su fundamento reside en que una empresa no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos. Por ello es necesario que las prestaciones de dicha empresa estén destinadas únicamente, en lo esencial, a dicho ente territorial. Si se dan estas circunstancias, queda justificado que las restricciones de la Directiva 93/36 no se apliquen a dicha empresa, puesto que fueron adoptadas con objeto de defender una competencia que, en este supuesto, ya no tiene razón de ser. En definitiva, sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (apartados 61 y siguientes).

A este respecto, la sentencia realiza diversas consideraciones de interés. La primera es que carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados en vir-

tud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. En segundo lugar, también resulta irrelevante la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios. El volumen de negocios determinante a estos efectos es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla. Por último, en casos como el controvertido, en el que la empresa está controlada por varios entes territoriales, el requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto. Por consiguiente, la actividad que procede tomar en consideración en el caso de una empresa controlada por varios entes territoriales es la que dicha empresa realiza con este conjunto de entes territoriales (apartados 65 y siguientes).

5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Campaña publicitaria de empresa dominante en el mercado

La STS de 20 de junio de 2006, Ar. 3542, resuelve el recurso interpuesto por la Administración del Estado y Telefónica de España, SA, que son, ambas, recíprocamente, parte recurrida, contra la Sentencia de 22 de septiembre de 2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. El objeto principal del recurso consiste en determinar si el lanzamiento por parte de Telefónica de la campaña publicitaria, los Planes Claros, por la que el Tribunal de Defensa de la Competencia le impone una sanción, es resultado del abuso de su posición dominante en el mercado y constituye una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Para ello, el TS centra el asunto en el análisis de las siguientes cuestiones: en primer lugar, respecto a la intencionalidad que subyace en la campaña (supuestamente obstaculizar el acceso de nuevos competidores al mercado), el Tribunal considera que el propósito subjetivo de la empresa no es lo decisivo para juzgar una conducta a título de explotación abusiva de la posición de dominio, sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. En este sentido, la divulgación de condiciones comerciales ofreciendo el operador históricamente asentado unos descuentos tarifarios análogos o mejores a los del nuevo competidor pero carentes de contenido objetivamente predatorio, constituiría una respuesta legítima en un entorno competitivo.

A continuación, aceptando que el uso de publicidad por una empresa dominante en un determinado mercado puede eventualmente constituir por sí misma una conducta ilícita y contraria a la libre competencia, el TS efectúa dos enfoques de principio. El primero trata de discernir si por sus características propias la campaña enjuiciada, al margen de perseguir un objetivo obvio y legítimo (reforzar la fidelidad de los antiguos clientes y conseguir otros), resulta innecesaria y constituye una barrera infranqueable para la entrada en el mercado del nuevo operador (por ejemplo, imponiéndole gastos publicitarios desorbitados). En el caso concreto que se resuelve, se considera que la campaña tiene una justificación comercial aceptable y, en el contexto de la nueva situación del mercado, puede ser necesaria, al mismo tiempo que también se considera un dato relevante que

la nueva empresa entrante tenga capacidad financiera suficiente para replicar la inversión publicitaria de su oponente.

El segundo enfoque atiende al contenido supuestamente desleal de la campaña publicitaria, calificativo que se considera aplicable sólo si los actos publicitarios distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. En este sentido, el hecho que la campaña no refleje de modo suficientemente destacado la necesidad de la previa autorización administrativa de los planes anunciados o que contenga indicaciones no suficientemente exactas, no es suficiente para calificarla como desleal, con mayor motivo si no se acredita por el nuevo operador la intensidad de los daños y la grave distorsión de la libre competencia. Al contrario, el TS entiende que la campaña y su contenido (el programa de descuentos ofrecidos), en las condiciones descritas, favorecen la competencia en el mercado de la telefonía fija con beneficio para los usuarios, que ven de este modo rebajado el precio de sus llamadas.

B) Operación de concentración económica sin autorización administrativa y garantías del procedimiento sancionador

La STS de 12 de julio de 2006, Ar. 4971, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil ACS, Actividades de Construcción y Servicios SA, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 2003, que confirma la sanción impuesta por el Ministerio de Economía por la comisión de la infracción de lo prescrito por el artículo 15.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en su redacción dada por el Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Concretamente, dicho precepto, que tipifica la conducta infractora por remisión a los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 18.4 de la citada Ley, establece una sanción específica si se incumple la obligación de notificación previa al Servicio de Defensa de la Competencia de la operación de concentración antes de llevarla a efecto, entendida esta operación como la toma de control por cualquier medio de la totalidad o parte de una empresa.

El primer motivo de casación consiste en alegar que el artículo 15.2 de la Ley 16/1989 vulnera el principio de legalidad sancionadora que garantiza el artículo 25.2 CE. De acuerdo con lo anterior, el TS lleva a cabo una exposición resumida de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del citado precepto constitucional al procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, destaca que comprende una doble garantía: la primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. O lo que es lo mismo, a la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza dichas conductas, de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. Esta garantía contiene a su vez un doble mandato: uno dirigido al legislador y al poder reglamentario, la taxatividad, para que se haga el máximo esfuerzo posible por garantizar la seguridad jurídica y el conocimiento previo del ámbito de lo prohibido (pueden utilizarse conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción

sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia). Y otro dirigido a los aplicadores del Derecho, la tipicidad, que impide al órgano sancionador actuar frente a comportamientos que se sitúan fuera del ámbito de la norma sancionadora. La otra garantía, de alcance formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas y sanciones y exige una reserva de ley en esta materia.

El segundo motivo de casación, también desestimado, consiste en analizar si la sanción impuesta respeta el principio de proporcionalidad. Sobre este particular, el TS recuerda que este principio se traduce en la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, lo que conlleva que la determinación de la sanción sea una actividad reglada, cuya confirmación, eliminación, modificación o reducción es posible en sede jurisdiccional. Asimismo, por último, debe respetarse el principio de culpabilidad, que exige que la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías.

6. ENERGÍA

A) Determinación del precio

La STS de 11 de abril de 2006, RJ 2006/5106, resuelve el recurso de casación interpuesto por Repsol Butano, SA contra la Sentencia de 12 de marzo de 2002 de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional, en la que se rechaza la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada por dicha entidad, en la que se consideraban incumplidas las obligaciones establecidas en la normativa estatal sobre fijación de los precios de venta de los gases licuados del petróleo.

El elemento central de la resolución del Tribunal Supremo reside en la determinación de si la falta de publicación mensual de las resoluciones de la Dirección General de la Energía de actualización de los costes de comercialización de los gases licuados del petróleo, tal y como establecía la Orden de 6 de septiembre de 1996, constituye un daño antijurídico y, por lo tanto, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad patrimonial de la Administración.

Si embargo, la Sala, acudiendo a la Sentencia de 28 de mayo de 2004, en la que se resuelve un supuesto igual al planteado, desestima el recurso, considerando que no cabe apreciar la concurrencia de dicho elemento esencial configurador de la responsabilidad patrimonial, pues la no publicación de las mencionadas resoluciones de actualización de los costes de comercialización no se debe a negligencia o desobediencia de dicho órgano, sino que responde a una decisión motivada de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de no aplicar temporalmente el sistema establecido en 1996 por razones de política económica y por la situación de alta fluctuación del mercado internacional de los gases licuados del petróleo. Habiendo sido posteriormente justificada en las Órdenes de 17 de enero de 1997 y 31 de julio de 1997.

B) Liquidación y primas

La STS de 27 de junio de 2006, RJ 2006/4614, analiza la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, resolviendo el recurso presentado por Iberdrola, SA frente a una resolución de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico por la que se aprobaba la liquidación provisional de los derechos de cobro y las obligaciones de pago que correspondían a la entidad recurrente en sus actividades de transporte y distribución de energía eléctrica en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y 28 de febrero de 1999.

La Sala rechaza los motivos de impugnación alegados al entender, en primer lugar, que la liquidación que se recurre es de carácter provisional y a cuenta de la que se dicte en definitiva. Por lo que estas liquidaciones provisionales no entran en la categoría de actos susceptibles de los recursos administrativos a los que se refiere el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Asimismo, el Tribunal considera que tampoco puede admitirse como argumento válido las obligaciones de pago impuestas a los operadores del mercado eléctrico derivadas de las citadas liquidaciones provisionales, pues se trata de cantidades que, si no son debidas, serán compensadas en la liquidación definitiva.

Por último, y en relación a la aplicación de los coeficientes de pérdidas y primas del consumo de carbón autóctono en la determinación de los derechos de cobro y las obligaciones de pago, el Tribunal afirma que el operador eléctrico tiene un derecho adquirido, en su caso, a obtener la compensación y la prima, pero la cuantía de la misma debe ser calculada conforme al criterio que más se ajuste a la realidad. Por lo que, si en un momento posterior se determina que la aplicación de los criterios inicialmente previstos no era real, no hay inconveniente en que se actualicen conforme a nuevos criterios que estén más ajustados a lo efectivamente perdido o consumido.

C) Producción

La STS de 26 de junio de 2006, RJ 2006/3974, se ocupa de resolver el recurso de casación presentado frente a determinadas resoluciones administrativas de instalación de aerogeneradores.

El complejo supuesto de hecho del que se parte en este caso es la coexistencia de dos proyectos de parques eólicos colindantes. Así, los recurrentes alegaban que la instalación de aerogeneradores por parte de Taim-NEG Micon Eólica, SA, concretamente uno de ellos podía causarles graves perjuicios, pues al encontrarse el parque eólico titularidad de ésta lindando con fincas propiedad de aquéllos, y por efecto de la zona de influencia del citado parque, se les limitaba la capacidad para poder instalar en su terreno otros generadores que captasen la energía eólica. Limitándoles, así, sus derechos dominicales.

Consideraba, la recurrente que, como consecuencia de que determinadas parcelas de su propiedad caían bajo la zona de influencia del parque eólico titularidad de TAIM-NEG

XIV. Derecho Administrativo Económico

Micon, SA, la autorización dada a éste no se ajustaba a la legalidad, al no cumplir con las obligaciones relativas a la previa aquiescencia del titular de los terrenos. Considerando, por lo tanto, como tales terrenos no sólo los que estrictamente caen dentro del perímetro autorizado a un determinado parque, sino también los colindantes que se encuentran en la denominada zona de influencia.

El Tribunal Supremo para resolver este recurso, y ante la identidad de los hechos, se remite a la argumentación vertida en la STS de 28 de marzo de 2006, que resolvió un supuesto del todo análogo. En dicha Sentencia se rechazó el recurso planteado considerando que la tramitación de los respectivos planes de instalación de los correspondientes parques eólicos que se citan también en la presente Sentencia se había realizado correctamente, no habiendo sido objeto de recurso ni objeción alguna. Por lo que una vez aprobados, los planes de instalación de los correspondientes parques eólicos eran vinculantes tanto para la Administración como para sus promotores, debiendo éstos respetar las zonas de influencia fijadas para cada uno de ellos.

Por lo tanto, es la propia resolución administrativa la que establece los términos y límites de dichas zonas de influencia, imponiendo a los titulares de las autorizaciones correspondientes (y, de modo indirecto a los propietarios de las fincas) la limitación. De modo que se señala que la intervención de los propietarios de los terrenos en la promoción de los parques eólicos se reduce a un plano secundario, pues se limita a prestar su consentimiento y poner sus fincas a disposición de las entidades promotoras para que éstas sean ocupadas. Pero una vez prestado el mencionado consentimiento a la entidad promotora para la instalación de los aerogeneradores en sus terrenos, corresponde ya al promotor, conforme a los términos de su propia autorización administrativa, precisar los lugares donde pretende instalar dichos aerogeneradores y el ámbito de cada parque eólico concreto.

De manera que los titulares dominicales de los terrenos no tienen un derecho preexistente e incondicionado a la instalación de aerogeneradores, sino que el resultado del proceso planificador, mediante el cual se precisan los espacios idóneos para dicha instalación, puede significar para ellos la negativa pura y simple a que tales aerogeneradores se instalen en sus fincas. Sin que por ello se les prive de un derecho inherente a los terrenos ni se vulnere el artículo 33.3 de la Constitución.

7. PESCA

A) Pesca marítima de recreo: discrecionalidad administrativa y normativa reguladora de nuevas medidas restrictivas

La STS de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683, desestima el recurso de casación interpuesto por la Consejería de Pesca, Marisqueo y Agricultura de la Junta de Galicia, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de septiembre de 2003, que anula un precepto del Decreto 211/1999, de

17 de junio, por el que se regula la pesca marítima de recreo (artículo 9). El motivo principal del recurso es la infracción del artículo 24.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que prevé la aportación de los informes pertinentes para garantizar el acierto y la legalidad del texto reglamentario que se está elaborando. La cuestión es que el Decreto citado, a diferencia de la norma vigente con anterioridad, prohíbe la pesca marítima respecto al pulpo, prohibición que debería ir acompañada de las razones o motivos que justifican esta nueva medida. En efecto, el TS considera que cuando la Administración cambia de criterio respecto a una misma cuestión ha de justificar o al menos referir la causa o motivo que tiene para esta actuación. En este sentido, la potestad reglamentaria es una manifestación de la discrecionalidad administrativa, de manera que el titular de dicha potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que le permite la norma que desarrolla o ejecuta, pero aun así, la motivación, por la que se hacen explícitas las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, como lo es incluso la razonabilidad, que actúa como límite externo a la decisión administrativa válida y sirve de parámetro para su enjuiciamiento y, en su caso, anulación.

B) Pesca marítima: medidas para la conservación y gestión de las poblaciones e intervención de la Comisión Europea

La STS de 14 de junio de 2006, Ar. 4547, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 8 de octubre de 2003, por la que se anula la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 2 de enero de 2002, que establece un plan para la pesquería de arrastre de fondo en el Caladero Nacional del Cantábrico y Noroeste. La razón de la nulidad de la Orden citada obedece al incumplimiento del mandato establecido por el Reglamento 850/1998 CEE del Consejo, de 30 de marzo, para la conservación de los recursos pesqueros a través de medidas técnicas de protección de los juveniles organismos marinos. En concreto, al incumplimiento de su artículo 46.1 que establece la obligación de comunicar a la Comisión, la adopción de medidas técnicas nacionales, en el caso que se enjuicia, para paliar la situación delicada en que se encuentran las poblaciones demersales, objetivo de la pesca de arrastre de fondo, en el caladero del Cantábrico y Noroeste. El TS considera que el Reglamento comunitario tiene un alcance general (artículo 189) y que es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable por la Administración estatal, por haberse integrado en nuestro ordenamiento jurídico desde su publicación en el DOCE. Así, aunque la excepcionalidad de las medidas específicas y singulares adoptadas por el plan antes mencionado viene justificada en función del estado de los recursos y amparada en la propia legislación nacional (artículo 31 de la Ley estatal 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima), debe respetarse la necesidad de informar a la Comisión para que presente sus observaciones y, en su caso, se suspendan dichas medidas o se modifiquen en el sentido indicado por la institución comunitaria.

8. SERVICIOS PÚBLICOS

A) Transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo y derecho comunitario

De especial interés para nuestro país ha sido la STSJCE de 9 de marzo de 2006, As. C-323/03, Comisión c. España, en la que se declaran contrarias al Derecho comunitario diversas previsiones de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 4/1999, de 9 de abril, de declaración de servicio público de titularidad de la Junta de Galicia del transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo. El Tribunal declara que el Reino de España ha incumplido el Derecho comunitario por tres motivos.

El primero se refiere al artículo 1 del Reglamento 3577/92, en cuya virtud “a partir del 1 de enero de 1993, la libre prestación de servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro (cabotaje marítimo) se aplicará a los armadores comunitarios que utilicen buques matriculados en un Estado miembro y que naveguen bajo pabellón de dicho Estado miembro, siempre que cumplan todos los requisitos necesarios para poder efectuar servicios de cabotaje en dicho Estado miembro (...)”. Con carácter preliminar, la sentencia declara que una medida nacional que reserva los servicios de transporte marítimo en la ría de Vigo a una única empresa por medio de una concesión administrativa de veinte años, prorrogable por un plazo de diez años, puede obstaculizar o incluso impedir la prestación de dichos servicios por empresas establecidas en otros Estados miembros, y constituye, por tanto, una restricción a la libre prestación de servicios. Lo mismo puede decirse del criterio de selección relativo a la experiencia demostrable en el transporte marítimo en la ría de Vigo (apartado 44).

De acuerdo con una conocida doctrina del Tribunal, la libre prestación de servicios sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. Además, para que esté justificada la normativa nacional en cuestión deberá ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (apartado 45).

En relación con el establecimiento de una concesión de servicio público reservado, el Gobierno español aportó tres argumentos que fueron rechazados en la sentencia. El primero descansaba en que el servicio marítimo con las islas Cíes, que es la única conexión posible con estas islas, debe limitarse, primero, por razones ecológicas, ya que normalmente el número de personas autorizadas a visitar las citadas islas está restringido y la única manera razonable de respetar tal restricción es controlar el número de viajeros que embarcan hacia las islas, y, segundo, en atención a las limitadas condiciones del muelle de las islas, que no podría soportar un tráfico marítimo intenso. El Tribunal entiende que, para adaptar el tráfico con destino a estas islas tanto a las exigencias medioambientales como a las limitadas capacidades del muelle que invoca el Gobierno español, pueden adoptarse medidas menos restrictivas que la citada concesión, como la organización de un sistema de reserva y venta de las entradas disponibles. Debe hacerse notar, sin embargo, que el Tribunal no dice cuáles

sean éstas, sino que se limita a acoger la alegación realizada por la Comisión a este respecto (apartados 38 y 46).

El segundo argumento del Gobierno español se refiere a que la conexión marítima entre las localidades de Vigo, Cangas y Moaña, es el medio de transporte más directo, el más sencillo, el más rápido y el más barato. Su eventual supresión tendría graves repercusiones en la ordenación del tráfico en el área geográfica de Vigo y en la península del Morrazo y crearía problemas de presión y de utilización excesiva de las infraestructuras de transporte terrestre. Los servicios relacionados con esta conexión, continúa el Gobierno español, son deficitarios y, por tanto, su viabilidad económica es dudosa o escasa. Por consiguiente, la liberalización total de dichos servicios probablemente ocasionaría, en su opinión, la desaparición de la línea Vigo-Cangas-Moaña o su explotación en condiciones poco satisfactorias de seguridad, regularidad y precio. Frente a ello, el Tribunal afirma que el Gobierno español no ha demostrado que la intensidad del tráfico marítimo en la ría de Vigo ocasione problemas que sólo puedan prevenirse con la adopción de una medida tan restrictiva como la citada concesión ni que, suponiendo que sean necesarias inversiones cuantiosas para mantener las conexiones marítimas de que se trata, éstas sólo puedan amortizarse en un plazo de veinte, o, incluso, treinta años (apartados 39, 41 y 48).

El tercer argumento alude a la necesidad de controlar el tráfico marítimo en la ría de Vigo y limitar su volumen. Se trata de una superficie geográfica delimitada en la que deben coexistir distintas actividades, algunas de las cuales, como el marisqueo a través de bateas o artefactos flotantes, introducen evidentes limitaciones al tráfico marítimo. Pues bien, al igual que en el caso anterior, la sentencia sostiene que el Gobierno español no ha demostrado que los servicios de transporte de pasajeros entre las riberas de la ría de Vigo deban ser objeto de una concesión adjudicada a un solo operador por un plazo de veinte años, prorrogable hasta treinta, para evitar que dejen de ser rentables y desaparezcan. En definitiva, el Tribunal de Justicia traslada al Estado miembro la carga de la argumentación de la necesidad y proporcionalidad de la medida, incluyendo la cuestión de la ausencia de medidas alternativas menos restrictivas (apartados 40 y 47).

En relación con el criterio de selección relativo a la experiencia demostrable en el transporte en la ría de Vigo, el Gobierno español ni siquiera llegó a invocar razones imperiosas que justifiquen la restricción que se desprende de dicho criterio, sino que se limitó a alegar que éste no fue decisivo para adjudicar la concesión, cuestión que, según aclara la sentencia, no es en absoluto relevante (apartados 49 y siguiente).

El segundo motivo es el incumplimiento del artículo 4 del citado Reglamento, en cuya virtud “los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas”. Los servicios de cabotaje controvertidos no eran subsumibles en este precepto: de un lado, los servicios de transporte marítimo en la ría no eran servicios con destino u origen en islas y entre islas y, de otro lado, los servicios de transporte a

las islas Cíes no eran regulares, sino puramente estacionales (apartados 53 y siguientes). Aun así, cabe preguntarse si no era posible al Gobierno español acudir directamente a las excepciones admitidas por las normas del Tratado en materia de libertades, tal y como éstas son interpretadas por el Tribunal de Justicia, o si, por el contrario, el artículo 4 del Reglamento cierra dicha posibilidad.

El tercer motivo acogido por el Tribunal se refiere al incumplimiento del artículo 9 del Reglamento, que dispone lo siguiente: “antes de adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en aplicación de lo dispuesto en el presente Reglamento, los Estados miembros consultarán a la Comisión y le comunicarán cualquier medida así adoptada”. La sentencia acoge el motivo porque la Ley gallega es claramente una medida de este tipo y el Reino de España no comunicó a la Comisión su intención de adoptarla (apartados 67 y siguientes).

B) La reserva de ciertas actividades de asesoramiento fiscal a los Centros de Asesoramiento Fiscal italianos

La STSJCE de 30 de marzo de 2006, As. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, se pronuncia acerca de la compatibilidad con el Tratado CE de la norma italiana que reserva únicamente a los Centros de Asesoramiento Fiscal (CAF) el derecho a ejercer ciertas actividades de asesoramiento y asistencia en temas tributarios, entre ellas las actividades relativas a la declaración anual de la renta de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados. En particular, tienen la competencia exclusiva respecto a la liquidación de la declaración tributaria de la renta realizada a través del modelo simplificado, incluida la entrega al contribuyente de una copia de la declaración cumplimentada y de la liquidación del impuesto, así como la comunicación a los empresarios obligados a retener el resultado de la declaración con el fin de proceder a una compensación en la fuente y el envío de las declaraciones a la administración tributaria. Además, la normativa italiana les reserva la competencia de comprobar la conformidad de los datos indicados en las declaraciones con la documentación anexa. Los CAF son sociedades que sólo pueden ser constituidas por organizaciones patronales, organizaciones sindicales y sus organizaciones territoriales delegadas, que designan para el cumplimiento de sus tareas a miembros del colegio de auditores o del colegio de contables. Por último, la normativa controvertida establece, por las actividades reservadas a los CAF, el pago a éstos de una indemnización, con cargo a los presupuestos del Estado, fijada en aproximadamente 14 euros por cada declaración cumplimentada y enviada.

La sentencia citada resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional italiano. El derecho especial o exclusivo que la norma italiana otorga a los CAF podría ser contrario al Tratado por dos motivos. El primero concurriría si la empresa beneficiaria es inducida, por el simple ejercicio de los derechos especiales o exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva, o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (artículo 86, en relación con el artículo 82 Tratado CE). Sin embargo, el Tribunal considera que la resolución de remisión no le proporciona los elementos

necesarios para valorar esta circunstancia y no se pronuncia sobre la misma (apartados 20 y siguientes).

No ocurre lo mismo con el segundo motivo. En efecto, la sentencia considera que el derecho especial o exclusivo controvertido en el asunto principal vulnera las exigencias que se derivan de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento (artículos 43 y 49 Tratado CE). Por un lado, al limitar la posibilidad de crear CAF a entidades establecidas en Italia, la norma controvertida incorpora una discriminación que sólo puede estar justificada por razones de orden público, de seguridad y de salud pública, previstas en los artículos 46 y 55 Tratado CE, que no han sido invocadas por las partes. Por otro lado, el hecho mismo de reservar esas actividades a los CAF constituye una restricción de las libertades de circulación, al dificultar su ejercicio por otros operadores, ya sean éstos italianos o procedentes de otros Estados miembros. Estas disposiciones, cuando se aplican a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, pueden estar justificadas si responden a razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo.

El Tribunal admite, a este respecto, que el interés general consistente en proteger a los destinatarios de los servicios de que se trata contra un perjuicio que podrían sufrir a consecuencia de servicios proporcionados por personas que no tienen la cualificación profesional o moral necesaria puede justificar una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Sin embargo, no considera que la medida sea adecuada para garantizar su realización. En primer lugar, algunos de los servicios reservados a los CAF, como la entrega de una copia de la declaración tributaria y de la liquidación del impuesto, el envío de las declaraciones a la administración tributaria así como la comunicación a los empleadores obligados a retener del resultado de la declaración tributaria, tienen, por lo esencial, un carácter simple y no requieren cualificaciones profesionales específicas. Es evidente, a juicio del Tribunal, que la naturaleza de estos servicios no puede justificar que se limite su ejercicio exclusivamente a los titulares de una cualificación profesional específica. En segundo lugar, aunque la comprobación de la conformidad de la información facilitada en la declaración tributaria con su documentación anexa puede ser una tarea más compleja, en el caso controvertido no parece que los organismos autorizados a constituir CAF ofrezcan garantías de competencias profesionales especiales para llevar a cabo dichas tareas. De hecho, los CAF designan a los responsables de ejercer dichas tareas entre los miembros del colegio de auditores o del colegio de contables, esto es, profesionales que no pueden prestar, en su propio nombre, los servicios reservados a los CAF.

Tampoco considera el Tribunal que el derecho especial o exclusivo pueda justificarse de acuerdo con los artículos 45 y 55 Tratado CE, a tenor de los cuales la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no se aplican a las actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público. Recuerda la sentencia que esta excepción debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa

XIV. Derecho Administrativo Económico

y específicamente con el ejercicio del poder público, lo cual no ocurre en el caso de las tareas reservadas a los CAF. Ni siquiera lo está la comprobación de la conformidad de los datos indicados en la declaración tributaria con su documentación anexa. Esta medida, concluye el Tribunal, no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público, sino que está destinada más bien a preparar o facilitar la realización de tareas que corresponden a la administración tributaria, y ello por más que su resultado rara vez sea cuestionado por ella (apartados 27 y siguientes).

Finalmente, la sentencia se pronuncia acerca de la posible calificación de la compensación como ayuda de Estado. El Tribunal recuerda que la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público no constituye una ayuda de Estado si cumple cuatro requisitos. En primer lugar, la empresa beneficiaria de una compensación de esa índole debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. La sentencia considera que ambos criterios se satisfacen en el caso controvertido, pero sostiene que carece de competencia para aplicar los otros dos, ya que requieren una apreciación de los hechos del litigio principal que sólo compete al órgano remitente. Por eso la sentencia se limita aquí a enunciarlos, afirmando que la compensación controvertida habrá de considerarse una ayuda de Estado cuando: (i) el nivel de la compensación supere lo necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones, y (ii) la compensación no se determine sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios necesarios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (apartados 51 y siguientes).

9. TELECOMUNICACIONES

A) Competencias municipales

La Ordenanza del Ayuntamiento de Santander reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil celular y otros equipos radioeléctricos, es objeto de examen en la **STS de 23 de mayo de 2006**, RJ 2006/3685.

El Tribunal Supremo empieza su argumentación recordando la naturaleza extraordinaria y formal del recurso de casación, cuyo objeto es la protección de la norma y la jurisprudencia, mediante la revisión de los criterios interpretativos utilizados por órganos jurisdiccionales inferiores en grado. De manera que éste no es ni un recurso de apelación ni una segunda instancia que permita reabrir todo el debate procesal. No pudiendo, por esta vía, subsanar omisiones acontecidas en instancia.

En segundo lugar, se procede a examinar las competencias municipales en las telecomunicaciones, afirmando que la competencia estatal en esta materia no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en el ámbito urbanístico. Donde se incluyen los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones, así como medioambientales. Por ello, los municipios pudiendo establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones. Sin embargo, se matiza que esta competencia municipal no es ilimitada, pues no puede entrar en contradicción con el ordenamiento, ni traducirse en restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones.

Desde esta perspectiva, y ante la alegación de la vulneración de la normativa de telecomunicaciones por invasión de competencias estatales realizada por Retevisión Móviles, SA, la Sala concluye que, sin perjuicio de las competencias estatales para regular las redes públicas del servicio de telecomunicaciones telefónicas y, por lo tanto, la implantación de las infraestructuras generales que garanticen el servicio accesible a todos los ciudadanos, los Ayuntamientos, como protagonistas esenciales de la gestión urbanística, disponen de competencias para normalizar la instalación de infraestructuras comunes urbanas, es decir, la red exterior vinculada a las infraestructuras generales que permite su materialización individualizada.

Finalmente, la Sentencia se refiere también a la obligación de compartición de emplazamientos por parte de diferentes operadores impuesta por la citada Ordenanza, señalando que ésta puede imponerse cuando no sea proporcionada a los fines que se persiguen.

En términos similares, la **STS de 11 de mayo de 2006**, RJ 2006/3948, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 2003, por la que se anulan determinados preceptos de la Ordenanza municipal reguladora de instalaciones de telecomunicaciones. En este caso, a pesar de que el Tribunal Supremo se reafirma en la consideración de que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye la municipal, pudiendo establecerse condiciones, requisitos y exigencias con objeto de preservar los intereses locales, desestima el recurso presentado por el Ayuntamiento, por alegarse únicamente como infringido el artículo 3 del Código Civil, relativo a la interpretación de las normas, pero no la propia Ordenanza. Motivo que –según el Tribunal– podría dar lugar, por sí solo, a la inadmisión del recurso.

La Sala se refiere también brevemente a las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento. En particular, para rechazar determinadas limitaciones impuestas por la Ordenanza municipal en relación con la compartición de equipamientos. En este sentido, siguiendo el razonamiento del Tribunal *a quo*, se considera que debe diferenciarse entre compartición de mástiles de antenas y compartición de infraestructuras para soportar instalaciones radioeléctricas, supuesto, este último, en el que rige la normativa estatal, estando sujeto al procedimiento previsto por la Ley General de Telecomunicaciones.

B) Intervención. Contabilidad de los gastos

Mediante la STS de 19 de julio de 2006, RJ 2006/4630, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, SA, contra la verificación de los resultados de la contabilidad de costes para el ejercicio 1999 realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En primer lugar, se parte de la consideración que corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el establecimiento de los criterios y condiciones homogéneas que deben regir el sistema de contabilidad de costes en relación con los precios de interconexión y, en consecuencia le corresponde también a ésta comprobar que la contabilidad de costes presentada por las distintas entidades se adapta a dichos criterios. Asimismo, y ante la alegación de arbitrariedad formulada por la recurrente sobre el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el que se verifican los datos presentados por Telefónica, SA, el Tribunal Supremo concluye que dicho Acuerdo es un acto motivado, con un más que extenso razonamiento jurídico y técnico, en el que no puede apreciarse irrazonabilidad o arbitrariedad. Pues, sin perjuicio de su carácter marcadamente técnico, no se aportan por la entidad recurrente normas específicas que puedan fundar su ilegalidad.

C) Dominio público radioeléctrico

La STS de 5 de julio de 2006, RJ 2006/4637, tiene por objeto el recurso de casación presentado por la Administración del Estado contra la Sentencia del TSJ de Madrid sobre extinción de concesión administrativa de dominio público radioeléctrico.

El Tribunal estima el recurso interpuesto partiendo del carácter temporal de las concesiones de servicio y de dominio público radioeléctrico otorgadas al amparo del Reglamento de desarrollo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. Así, excepto que el concesionario desee prorrogarla, la concesión debe entenderse extinguida *ope legis* por el mero transcurso del tiempo fijado, sin necesidad de incoación de un expediente y sin que la ausencia de un trámite de audiencia para adoptar dicha decisión pueda considerarse, en este caso, como una limitación de los medios de defensa de los propios derechos e intereses.

Confirmando la línea jurisprudencial seguida hasta el momento, la STS de 17 de mayo de 2006, RJ 2006/3814, desestima el recurso de casación presentado por Aúna Telecomunicaciones, SA, frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2003, sobre el mantenimiento de la obligación de cobertura territorial y la subsistencia de la garantía definitiva derivada de los procesos de transformación parcial de la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable.

El Tribunal señala que el mantenimiento de dichas garantías no supone ninguna discriminación negativa en relación con las de los nuevos titulares de licencias, pues, citando la

STS de 13 de abril de 2005, considera que existen “diferentes factores que equilibran la balanza entre antiguos y nuevos operadores, así como el no mantenimiento indefinido de la garantía, revisable temporalmente”. Añadiendo que, en el caso de no existir un cierto equilibrio, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dispone de medios suficientes para subsanarlo.

En segundo lugar, y ante la reclamación de indemnización del desequilibrio contractual provocado por la transformación, el Tribunal Supremo hace suyos los argumentos de la Sala de instancia, afirmando que procede la exclusión de cualquier género de resarcimiento procedente de la alteración de las condiciones de prestación que se deriven de disposiciones legales, pues esta condición estaba ya prevista en el pliego de bases, sin que sea argumento válido en contra de su aplicación el hecho de que dichas modificaciones no eran inicialmente previsibles.

D) Televisión. Infracciones

La **STS de 18 de julio de 2006**, RJ 2006/4646, tiene por objeto el examen de la sanción impuesta a la entidad Gestevisión Telecinco, SA, por déficit en el cumplimiento de la obligación de financiación de largometrajes cinematográficos y películas para televisión europea. A tal efecto, el Tribunal distingue dos aspectos de la resolución objeto de recurso: en primer lugar, por lo que se refiere al aspecto sancionador, se considera que la sanción impuesta infringe los principios de seguridad y tipicidad que se exigen a las normas sancionadoras, pues el artículo 5.1 de la Ley 25/1994 que sirvió de fundamento a la misma plantea serias dudas de interpretación que requieren una actividad ulterior reglamentaria que explique conceptos jurídicos indeterminados tales como la idea de “financiación”, o qué debe entenderse por “películas”, “largometrajes”, etc.

En segundo lugar, se refiere al propio cumplimiento de la obligación impuesta directamente por la Ley. En este caso se afirma que se trata de una obligación legal y, por lo tanto, de ineludible cumplimiento por el operador. De manera que lo único que puede plantearse en este caso es si los criterios seguidos para determinar el montante de la inversión se han realizado correctamente, en la doble vertiente de cifra total de ingresos y financiación de largometrajes cinematográficos y películas.

E) Servicio telefónico

La **STS de 20 de junio de 2006**, RJ 2006/3737, resuelve un recurso de casación en el que se discute la legalidad de la interrupción del acceso a determinados números telefónicos de red inteligente desde terminales móviles de la entidad Telefónica Servicios Móviles, SA.

El Tribunal Supremo juzga adecuada dicha interrupción, confirmando, por lo tanto, las resoluciones de la Sala de instancia y de la Comisión del Mercado de las Telecomunica-

ciones. Así considera que esta limitación se realiza únicamente para prevenir una posible perturbación en el funcionamiento normal de las redes públicas de telecomunicaciones, cuya función principal es la de prestar servicios de comunicación entre terminales pero no, como en el caso enjuiciado, servir de instrumento de descarga ilegal de tarjetas prepago. De este modo, el Tribunal concluye que, aunque el ordenamiento jurídico garantiza la interoperabilidad entre redes e impone la interconexión como instrumento para permitir el acceso de operadores al mercado de la telefonía, ello no impide que cuando concurren circunstancias excepcionales, como las que se examinan en el presente caso, se pueda interrumpir esa interoperabilidad.

10. TRANSPORTE TERRESTRE

A) Arbitraje

El arbitraje ha sido reconocido como un método válido de resolución de conflictos alternativo al proceso jurisdiccional. Fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, la que señaló la plena legitimidad constitucional del arbitraje, y esta misma sentencia recordó sus límites y, en particular, declaró la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio.

Cabe recordar que, con el arbitraje, no estamos ante un presupuesto que se limite a interferir o demorar el ejercicio del derecho de acceso al proceso o a la jurisdicción, sino que se trata de un instrumento que viene a sustituir al proceso jurisdiccional. De ahí, pues, su importancia, en la medida que incide tanto en el artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), como en el artículo 117.3 CE (atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales).

En la **STC 352/2006, de 14 de diciembre**, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de examinar nuevamente este mecanismo de resolución de conflictos, cuando resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación con el párrafo tercero del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), según la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional toma como punto de partida la STC 174/1995, de 23 de noviembre, antes citada, que examinó la redacción originaria del artículo 38.2 LOTT, según la cual: “Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”.

Las Juntas Arbitrales del Transporte se configuran en la LOTT como órganos de la Administración, que protegen y defienden a las partes intervinientes en el transporte, y que tienen como función principal la de decidir, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de los

contratos de transporte terrestre, y de las actividades auxiliares y complementarias que sean sometidas a su conocimiento (artículos 37 y 38).

Pues bien, el artículo 38.2 LOTT, en su redacción originaria, declarada inconstitucional por la STC 174/1995, venía a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hicieran explícita su voluntad en contrario. Así es, si no existía pacto en contrario, el convenio arbitral nacía *ex lege* y podía invocarse, en su caso, como excepción, tal y como lo preveían la legislación reguladora del arbitraje, y la legislación de enjuiciamiento civil.

La STC 174/1995, de 23 de noviembre, indicó que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en una actividad prestacional, que permite al legislador su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella. Añadió que esta regulación no puede incidir en el contenido esencial del derecho, por medio de la imposición de obstáculos o trabas que resulten desproporcionados. Ciertamente, el Tribunal Constitucional constata que el fomento del arbitraje persigue una finalidad lícita, como es la de descargar a los órganos judiciales del trabajo que pesa sobre ellos, y obtener una mayor agilidad en la resolución de las controversias de menor cuantía. Pero, según el Tribunal Constitucional, ello no justifica la imposición de un arbitraje obligatorio, como así era el que establecía el artículo 38.2 LOTT, en su redacción originaria, y que suponía vulnerar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En la STC 174/1995, de 23 de noviembre, se señaló que la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Por lo tanto, quiebra la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Por todo ello, el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2 LOTT, en su versión originaria.

La STC 174/1995, en lo que se refiere a la relevancia del arbitraje, a su naturaleza y a sus límites, fue acogida por la jurisprudencia ordinaria (Sentencia 286/2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de junio, JUR 2006/86996); e incluso se tuvo en cuenta en otros ámbitos sectoriales, como en el suministro de gas (Sentencia 411/2005, de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 11 de octubre, JUR 2006/50408). El propio Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión en sus pronunciamientos posteriores: de este modo, en la STC 176/1996, de 11 de noviembre, se señaló la función del arbitraje como medio de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, y la STC 12/1998, de 15 de enero, determinó que el enjuiciamiento sobre el fondo de la pretensión ha de quedar siempre reservado a los Juzgados y Tribunales, o, en su caso, a los órganos arbitrales, como equivalente jurisdiccional.

Sobre esta base se pronuncia la STC 352/2006, de 14 de diciembre, con la característica de que la impugnación va referida al tenor literal del artículo 38.1 LOTT, según la

XIV. Derecho Administrativo Económico

redacción que le dio la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de acuerdo con los criterios de la STC 174/1995. El precepto impugnado es el siguiente: “Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”.

Posteriormente, la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia en el mercado de transporte por carretera, elevó la cuantía de referencia en la norma a 6.000 euros, alteración que no supone la pérdida sobrevinida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, porque no lo convierte en inaplicable para el proceso a quo.

Tanto el Abogado del Estado, como el Tribunal Constitucional destacan que el precepto cuestionado en el presente proceso fue redactado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, precisamente para alejarse de la redacción que tenía anteriormente, y conforme a los criterios de la STC 174/1995, de 23 de noviembre. En concreto, el Tribunal Constitucional remarca que el párrafo tercero del artículo 38.1 LOTT permite “evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte”.

Se plantea a continuación en la STC 352/2006, de 14 de diciembre, si el efecto que el legislador atribuye al silencio de las partes, y que se traduce en la aplicación del arbitraje, está justificado desde un punto de vista constitucional. Para el Tribunal Constitucional no hay duda: atendiendo a la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva como una actividad prestacional, en la que el legislador puede determinar los requisitos para acceder a ella; atendiendo, asimismo, a que se mantiene la finalidad de fomentar el arbitraje como medio para descargar de trabajo a los órganos judiciales; y, atendiendo, en fin, a que el sometimiento al arbitraje puede ser excluido por la simple declaración de una sola de las partes; por todos estos motivos, no se aprecia que el redactado del artículo 38.1 LOTT, tal como lo dejó la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, vulnere el artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 117.3 CE.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta que la formulación de la declaración de una de las partes, contraria a someterse al arbitraje, puede realizarse incluso después de la celebración del contrato, y hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada”. De igual modo, el Tribunal Constitucional valora que la institución del silencio, regulada en el precepto impugnado, se refiere a una actividad muy concreta, y además para las controversias de menor entidad económica. En definitiva, la conclusión jurídica que se hace derivar del silencio, y que es cuestionada por el órgano proponente de la cuestión, esto es, el sometimiento al arbitraje, no resulta desproporcionada, según señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre.

B) Transportes interurbanos por carretera. Parada en el casco urbano

El Ayuntamiento de A Coruña ordenó a una empresa concesionaria del servicio de transporte interurbano que pasara a utilizar la estación de autobuses sin realizar paradas en el centro de la ciudad, y que se abstuviera en lo sucesivo de acceder al centro de la ciudad con sus autobuses.

El acuerdo municipal fue impugnado y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia estimó el recurso con la cita de anteriores sentencias del propio Tribunal en las que se habían resueltos casos semejantes.

Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento de A Coruña, el Tribunal Supremo lo desestimó mediante la **STS de 23 de mayo de 2006**, Ar. 3681.

La cuestión de fondo de mayor interés es la relativa a si la ordenación del tráfico en el casco urbano corresponde al Ayuntamiento o a la Administración autonómica. Para la entidad recurrente a ella le corresponde fijar el lugar de las paradas dentro del casco urbano, y no a la Administración autonómica que otorgó la concesión.

El Tribunal Supremo afirma que en el caso de transportes interurbanos debe buscarse la colaboración entre la Administración autonómica y la local, sin que pueda el ente local actuar de forma unilateral. Así, dice que “si bien es cierto que conforme a la normativa que la parte recurrente cita, es el Ayuntamiento el que tiene competencia para ordenar el tráfico urbano, no hay que olvidar, que de lo que aquí se trata es de ordenar el tráfico interurbano, respecto a una concesión que tiene en su título concesional reconocida una parada en el casco urbano, Calle Betanzos, y en la determinación del contenido y alcance de tal cuestión, no puede el Ayuntamiento actuar unilateralmente, ni menos suprimir por sí solo la parada que la empresa tiene reconocida en el título concesional, sin perjuicio obviamente de que a virtud de la necesidad de coordinación que existe entre el Ayuntamiento y la Administración que reconoció la concesión, se puedan instar los trámites y acuerdos pertinentes, que tengan en cuenta y respeten los derechos y competencias de cada uno, los derechos de la empresa concesionaria y también los intereses públicos afectados por la adecuada ordenación del tráfico”.

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) Prohibición de la publicidad y patrocinio con los productos del tabaco.
- 2. Deporte.** A) Las normas antidopaje del Comité Olímpico Internacional (COI) no son necesariamente normas puramente deportivas. **3. Educación.** A) Universitaria.
- 4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo, residencia y estudio. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Extradición. E) Nacionalidad.
- 5. Sanidad.** A) Consentimiento informado. B) Legalidad del Acuerdo ente el Ministerio de Sanidad y Farmaindustria.

1. CONSUMO**A) Prohibición de la publicidad y patrocinio con los productos del tabaco**

La STJCE de 12 de diciembre de 2006, As. C-380/03, da respuesta al recurso de anulación presentado por la República Federal de Alemania, que pretendía la anulación de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003. El artículo 3 de la Directiva dispone que “1. La publicidad en la prensa y otras publicaciones impresas se limitará a las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y a las publicaciones impresas y editadas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Se prohíbe cualquier otra publicidad en la prensa y otras publicaciones impresas. 2. La publicidad no autorizada en la prensa y otras publicaciones impresas tampoco se autorizará en los servicios de la sociedad de la información”. Conforme al artículo 4 de la Directiva: “1. Se prohíbe toda forma de publicidad de productos del tabaco en la radio. 2. Los programas de radio no podrán estar patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de productos del tabaco”.

Al efecto el Tribunal de Justicia examina la competencia comunitaria que reconoce que la versión alemana de la Directiva para definir el ámbito de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 3, es la única que emplea, en el título de dicho artículo, los términos “productos impresos” (“Druckerzeugnisse”), mientras que las demás versiones

lingüísticas utilizan los términos “medios de comunicación impresos”, lo que demuestra la voluntad del legislador comunitario de no incluir cualquier tipo de publicación en el ámbito de aplicación de la prohibición. De forma complementaria se subraya que, en contra de la alegación de la demandante de que la expresión “publicaciones impresas”, abarca boletines de asociaciones locales, programas de manifestaciones culturales, carteles, guías telefónicas y folletos u octavillas, dicha expresión se refiere únicamente a las publicaciones del tipo de los periódicos, revistas y semanarios. Esta interpretación se ve confirmada por el cuarto considerando de la Directiva en el que se señala que la circulación de publicaciones como periódicos y revistas en el mercado interior corre el peligro de verse obstaculizada a causa de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben o regulan la publicidad del tabaco en dichos medios de comunicación. Precisamente a fin de garantizar la libre circulación de estos medios de comunicación en el mercado interior, se afirma que es preciso limitar la publicidad del tabaco en dicho mercado a las revistas y los periódicos que no vayan dirigidos al público en general. Se añade a lo anterior el hecho de que la prohibición establecida en los artículos 3 y 4 de la Directiva se limita a ciertas formas de publicidad o de patrocinio, sin constituir, a diferencia de la prevista en la Directiva 98/43, una prohibición de carácter general.

2. DEPORTE

A) Las normas antidopaje del Comité Olímpico Internacional (COI) no son necesariamente normas puramente deportivas

La STJCE de 18 de julio de 2006, *David Meca, As. C-519/04 P*, anula en primer lugar la STJCE de 30 de septiembre de 2004, comentada en esta misma crónica en el núm. 26 de *Justicia Administrativa*. En tal sentido, recuérdese que en el apartado 42 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el hecho de que una normativa puramente deportiva sea ajena a la actividad económica y, por consiguiente, no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 39 y 49 CE significa que es asimismo ajena a las relaciones económicas de competencia y, en consecuencia, está a su vez excluida del ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82 CE. Al respecto el Tribunal de Justicia entiende con razón que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al estimar que una normativa podía, de ese modo, quedar excluida totalmente del ámbito de aplicación de dichos artículos por la sola razón de considerarla puramente deportiva respecto a la aplicación de los artículos 39 y 49 CE sin necesidad de verificar previamente si esa normativa respondía a los requisitos de aplicación propios de los artículos 81 y 82 CE, tal como han sido recordados en el apartado 30 de la presente sentencia. Por lo tanto, los recurrentes tienen razones fundadas para sostener que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error, en el apartado 68 de la sentencia recurrida, al desestimar su demanda basándose en que la normativa antidopaje controvertida no estaba comprendida en el artículo 49 CE, ni en el Derecho sobre la competencia. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia procede a anular la sentencia recurrida.

En segundo lugar, en cuanto al fondo del recurso planteado contra la decisión de la Comisión recurrida en primera instancia, recuérdese que se combate haber considerado, por un lado, que el COI no era una empresa en el sentido de la jurisprudencia comunitaria y por otro, que la normativa antidopaje controvertida no constituía una restricción a la competencia en el sentido del artículo 81 CE.

En concreto, los recurrentes sostienen que la Comisión no tuvo razón en no calificar al COI de empresa para aplicar el artículo 81 CE. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que ha quedado acreditado que, para pronunciarse sobre la denuncia que le fue presentada por los recurrentes en relación con las disposiciones de los artículos 81 y 82 CE, la Comisión se puso, como resulta explícitamente del apartado 37 de la Decisión controvertida, en la situación de que el COI tuviese que ser calificado de empresa y, dentro del movimiento olímpico, en tanto que asociación de asociaciones internacionales y nacionales de empresas.

Por otro lado, la compatibilidad de una normativa con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. No todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate o en que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos. A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos y proporcionales a estos objetivos. Respecto al contexto global en el que se adoptó la normativa controvertida, la Comisión podía considerar con razón que el objetivo general de esta normativa, que no ha negado ninguna de las partes, es luchar contra el dopaje para que la competición deportiva se desarrolle con nobleza e incluye la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades entre los atletas, su salud, la integridad y objetividad de la competición, así como los valores éticos en el deporte. Por otra parte, dado que las sanciones son necesarias para garantizar el cumplimiento de la prohibición de dopaje, el efecto de éstas en la libertad de acción de los atletas debe considerarse, en principio, inherente a las normas antidopaje. Así, aun suponiendo que la normativa antidopaje controvertida deba ser apreciada como una decisión de una asociación de empresas que limita la libertad de acción de los recurrentes, no puede constituir forzosamente una restricción de la competencia incompatible con el mercado común, en el sentido del artículo 81 CE, puesto que está justificada por un objetivo legítimo. En efecto, tal limitación es inherente a la organización y al buen funcionamiento de la competición deportiva y busca precisamente garantizar una rivalidad sana entre los atletas. Aunque los recurrentes no niegan la realidad de este objetivo, sin embargo sostienen que la normativa antidopaje controvertida tiene también la finalidad de garantizar los intereses económicos propios del COI y que precisamente para preservar esta finalidad se adoptan normas excesivas, como las impugnadas en el presente asunto. Según ellos, éstas no pueden considerarse, por tanto, inherentes al buen funcionamiento de la competición y eludir las prohibiciones del artículo 81 CE.

A este respecto, procede admitir que el carácter represivo de la normativa antidopaje controvertida y la importancia de las sanciones aplicables en caso de violarla pueden producir efectos negativos en la competencia porque podrían conducir, en el caso de que las sanciones resultasen ser, finalmente, infundadas, a la exclusión injustificada del atleta de las competiciones, y, por lo tanto, a falsificar las condiciones de ejercicio de la actividad controvertida. De ello se deduce que, para eludir la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, las restricciones así impuestas por esta normativa deben limitarse a lo necesario para asegurar el buen funcionamiento de las competiciones deportivas. Tal normativa podría revelarse efectivamente excesiva, por una parte, respecto a la determinación de las condiciones que permiten fijar la línea fronteriza entre las situaciones de dopaje sujetas a sanciones y las que no, y, por otra, respecto a la severidad de dichas sanciones.

En el presente asunto esa frontera está definida en la normativa antidopaje controvertida en el umbral de 2 ng/ml de orina, a partir del cual la presencia de nandrolona en el cuerpo del atleta constituye dopaje. Los recurrentes impugnan esta norma alegando que ese límite máximo es demasiado bajo y que no se basa en ningún criterio de seguridad científico. No obstante, los recurrentes no demuestran que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al estimar justificada dicha norma. En efecto, ha quedado acreditado que la nandrolona es una sustancia anabolizante cuya presencia en el cuerpo de los atletas puede mejorar sus resultados y falsificar un desarrollo noble de las competiciones en las que participan los interesados. El principio de prohibición que afecta a esta sustancia se justifica, por lo tanto, en vista del objetivo de la normativa antidopaje. También ha quedado acreditado que esa sustancia puede producirse de forma endógena y que, para tener en cuenta este fenómeno, las instancias deportivas, en particular el COI por medio de la normativa antidopaje controvertida, admiten que sólo se considere dopaje efectivo la presencia de dicha sustancia por encima de un determinado límite máximo. Por lo tanto, sólo en el supuesto de que, habida cuenta del estado de los conocimientos científicos en el momento de la adopción de la normativa antidopaje controvertida o incluso en el momento de la aplicación que se haya hecho de ésta para sancionar a los recurrentes, en 1999, el umbral de tolerancia se fije a un nivel tan bajo como para considerar que no tiene suficientemente en cuenta este fenómeno, deberá considerarse que dicha normativa no tiene justificación alguna en vista del objetivo que perseguía. Pues bien, de los autos se desprende que en el momento pertinente la producción endógena media observada en todos los estudios entonces publicados era veinte veces inferior a 2 ng/ml de orina y que el valor máximo de la producción endógena observado era inferior en cerca de un tercio. Aunque los recurrentes sostienen que, desde 1993, el COI no podía ignorar el riesgo señalado por un experto de que el simple consumo de una cantidad limitada de cerdo macho sin castrar podía llevar a que atletas totalmente inocentes superasen el límite máximo de que se trata, no se ha acreditado en ningún caso que en el momento pertinente la mayoría de la comunidad científica hubiese confirmado ese riesgo. Además, los resultados de los estudios y experimentos efectuados a este respecto posteriormente a la Decisión controvertida carecen, en todo caso, de relevancia para la legalidad de esta última. En estas circunstancias, y puesto que los recurrentes no especifican en qué nivel debía haberse fijado el umbral de tolerancia en el momento pertinente, no se puede

concluir que las restricciones impuestas por ese umbral a los deportistas profesionales vayan más allá de lo necesario para garantizar el desarrollo y buen funcionamiento de las competiciones deportivas. Además, concluye el Tribunal de Justicia que como los recurrentes no han invocado el carácter excesivo de las sanciones aplicables e impuestas en el presente asunto, no ha quedado demostrado, por lo tanto, el carácter desproporcionado de la normativa antidopaje controvertida.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

La STS de 12 de mayo de 2006, Ar. 3837, se enfrenta con la siempre compleja cuestión de la abstención/recusación que, en el ámbito del acceso a la función pública docente universitaria, adquiere alguna especificidad añadida. En este caso se desestima el recurso interpuesto por un concursante contra la concreta participación del Presidente de la Comisión Evaluadora (de una plaza de Profesor Titular de Universidad); el relato recogido en la Sentencia no nos aporta suficientes datos pero sí hay uno —externo, podríamos decir— que resulta llamativo: el concurso sobre el que ahora recae Sentencia (suponemos que ya definitiva) fue convocado en 1995.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo, residencia y estudio

La STS de 25 de enero de 2006, Ar. 4338, aborda un asunto verdaderamente curioso y complicado al hilo de la solicitud de un visado de residencia por reagrupación familiar. En este caso, el Tribunal Supremo tiene que hacer una larga y fina disquisición sobre el sistema marroquí de separación/repudio/divorcio antes de decidir sobre la corrección de la denegación administrativa previa del mencionado visado para la segunda esposa del recurrente, ciudadano marroquí. La Sentencia llegará a la conclusión de que el solicitante estaba efectiva e irrevocablemente (en sentido jurídico) separado de su primera esposa —no se trataba, pues, de un simple repudio unilateral revocable del marido—, por lo que anulará la Sentencia previa ratificadora de la denegación y estimará el recurso, reconociendo el derecho al correspondiente visado de residencia por reagrupación familiar en favor de la segunda esposa.

Por su parte, la STS de 1 de marzo de 2006, Ar. 5507, resolviendo una cuestión de legalidad, declarará nulo de pleno derecho el inciso del artículo 70 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio —Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social—, relativo a la exigencia, con carácter previo, de la certificación de inexistencia de trabajadores disponibles a efectos de la solicitud inicial del permiso de trabajo.

La STS de 28 de abril de 2006, Ar. 4092, anula una denegación de visado de estudios interpretando que sólo se puede exigir —conforme a lo dispuesto en el Reglamento mencionado en el párrafo anterior— la aportación de la documentación académica acreditativa de los estudios ya superados, no una suplementaria acreditación de medios económicos para sufragar los estudios, la estancia y el regreso a su país (que sí se exigirá con posterioridad, para la correspondiente autorización de estancia por estudios: “visado y autorización son trámites distintos, cuyos requisitos no pueden ser mezclados”, dirá el Tribunal Supremo).

La STS de 24 de mayo de 2006, Ar. 6260, interpreta el concepto de “arraigo”, a efectos de permiso de residencia temporal, a partir de los tres elementos reglamentariamente establecidos a estos efectos: a) incorporación real o potencial al mercado de trabajo, b) anterior residencia regular en España y c) existencia de vínculos con extranjeros residentes o con españoles.

Por su parte, la STS de 18 de julio de 2006, Ar. 6336, rechaza que el de empleada doméstica pueda considerarse un “puesto de confianza”, a efectos de no tener en cuenta la situación nacional de empleo, para otorgar permiso de trabajo.

B) Denegación de entrada y expulsión

Tres SSTS de 12 de mayo de 2006, Ar. 3829, 3830 y 3836, establecen —mejor, reiteran (aunque no refieran pronunciamiento anterior alguno del propio Tribunal Supremo; pero que sí hemos recogido aquí en alguna Crónica anterior: *vid.*, por ejemplo, las Sentencias citadas en el número 30 de esta Revista)— su interpretación del artículo 5.1.c) del Convenio de Schengen, en el sentido de que la exigencia de presentación de los documentos que justifiquen el objeto y/o las condiciones de la estancia prevista de los extranjeros lo es sólo “en su caso” (no en todo caso); lo cual debe entenderse “en el sentido de que la no presentación de esos documentos justificativos puede amparar una decisión de denegación de la entrada no siempre, sino sólo: a) cuando haya datos o circunstancias, y así se exprese razonadamente, de la decisión que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad, y b) cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones”.

Desde otro punto de vista, han sido reiteradas las sentencias del Tribunal Supremo que han desechado la tacha de indefensión cuando, aun no dándose traslado para alegaciones del Informe-Propuesta del funcionario instructor, la resolución denegatoria de entrada y que ordena el retorno a su lugar de procedencia no se basaba en hechos distintos a los que se le habían comunicado con anterioridad y sobre lo que sí puede alegar (no se había producido, por lo tanto, indefensión material alguna). Sin embargo, son distintas las SSTS de 12 y 26 de mayo de 2006, Ar. 3844 y 6246, porque basándose la denegación de entrada en datos importantes sobre los que no se había informado al interesado,

sí que se había producido una indefensión, razón por la que se anulan sendas decisiones gubernativas.

C) Asilo y condición de refugiado

De las numerosísimas sentencias sólo mencionaremos aquí algunas que pueden tener determinado interés. Así la **STS de 12 de mayo de 2006**, Ar. 3840, se refiere al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas: “a diferencia de las Asociaciones (las cuales pueden presentar informes, pero a las que sólo ‘en su caso’ se comunica la solicitud) al ACNUR necesariamente hay que comunicarle la presentación de solicitudes de asilo (artículo 5º.5) el cual puede evacuar informe o no presentarlo. No es, pues, lo relevante, que el ACNUR presente informe o no lo presente, sino que se le dé la oportunidad de presentarlo comunicándole la solicitud de asilo. Y este requisito de la comunicación no puede ser sustituido, como dice la Sala de instancia, por la presencia de un representante de ACNUR en la Comisión Interministerial, ya que se trata de trámites distintos. (En la medida en que pueda entenderse que se dice lo contrario, rectificamos ahora las sentencias de esta Sala de 10 de abril de 2000 y 11 de noviembre de 1996, las cuales, por lo demás, no parecen referirse a la falta de comunicación, sino a la falta de informe, lo que es distinto.)”.

En este mismo sentido, la **STS de 26 de julio de 2006**, Ar. 4653, reiterará que “el defecto de petición de informe al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, priva al acto administrativo de un requisito formal indispensable para que éste pueda alcanzar el fin que le impone el ordenamiento jurídico, lo que determina su anulabilidad conforme a lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992”.

Por su parte, la **STS de 30 de junio de 2006**, Ar. 6282, tiene el interés de que, tras una motivación y análisis bastante detallados, llega a la conclusión de que el cómputo del plazo de dos días (a que se refiere el artículo 5.7 de la Ley 5/1984, de Asilo) ha de hacerse de hora a hora o de momento a momento y sin exclusión de días inhábiles (y no por el sistema general del artículo 48.4 LRJPAC).

También merece específica mención la **STS de 15 de septiembre de 2006**, Ar. 6365, porque considera persecución protegible –a efectos de tramitación de una solicitud de asilo– la de una mujer nigeriana obligada a contraer matrimonio contra su voluntad.

D) Extradición

En primer lugar podemos señalar la **STEDH de 10 de agosto de 2006**, As. Olaechea c. España, que resuelve una demanda presentada por un ciudadano peruano contra las resoluciones judiciales que posibilitaron su extradición a Perú. El Tribunal de Estrasburgo rechazará todas las imputaciones relativas a la violación de los artículos 3, 5 y

6.1 del Convenio Europeo, pero declarará la conculcación de su artículo 34 porque el incumplimiento de la medida provisional de paralización de la extradición (ordenada por el Vicepresidente de la Sala, al amparo del artículo 39 del Reglamento del Tribunal) supuso el no respeto al compromiso de “no poner traba alguna al ejercicio eficaz” del derecho a someter al Tribunal de Estrasburgo el conocimiento de una demanda (artículo 34, *in fine*, CEDH). Para ello, la Sentencia recuerda su doctrina al respecto recogida en la (importante) Sentencia *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (de 4 de febrero de 2005) —que supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia existente hasta entonces en relación con las medidas provisionales; revisando, por ejemplo, lo establecido en la Sentencia *Cruz Varas c. Suecia* (de 20 de marzo de 1991), como es sabido— y completado en las posteriores Sentencias *Chamaïev y otros c. Georgia y Rusia* (de 12 de abril de 2005) y *Aolmi c. Francia* (de 17 de enero de 2006). Sentencia esta última en la que aparece, por primera vez, el término “obligatorio” para referirse a la fuerza de las medidas provisionales dictadas en esta sede. Pues bien, en la Sentencia *Olaechea* que ahora nos ocupa, se da un paso más al afirmarse lo siguiente: “Concretamente, el Tribunal señala que una medida conservatoria es, por su propia naturaleza, provisional, y su necesidad es evaluada en un momento histórico preciso debido a la existencia de un riesgo que podría poner trabas al ejercicio eficaz del derecho a recurrir garantizado por el artículo 34. Si la Parte Contratante cumple la decisión de aplicar la medida provisional, el riesgo es evitable y cualquier posible traba al derecho estará limitada. En cambio, si la Parte Contratante no respeta la medida provisional decidida, el riesgo de traba al ejercicio eficaz del derecho a recurrir continúa y serán los hechos posteriores a la decisión del Tribunal y al incumplimiento del Gobierno los que determinarán si dicho riesgo es real o si no ha sido confirmado. En efecto, la decisión del Estado en cuanto al respeto de la medida no podrá ser aplazada a la espera de una eventual confirmación de la existencia de un riesgo. El simple incumplimiento de una medida provisional decidida por el Tribunal en función de la existencia de un riesgo es, en sí mismo, una grave traba, en ese momento preciso, al ejercicio eficaz del derecho a recurrir individualmente” (apartado 81). A lo que añade, resolviendo ya el concreto asunto planteado, que, “en vista de los datos que posee, el Tribunal concluye que al no cumplir las medidas provisionales indicadas en virtud del artículo 39 de su Reglamento, España no respetó las obligaciones que le correspondían en este caso de acuerdo con el artículo 34 del Convenio” (apartado 82).

Por su parte, la **STC 351/2006, de 11 de diciembre**, resuelve un amparo presentado por un ciudadano de nacionalidad irlandesa contra Autos de la Audiencia Nacional que autorizaban su extradición a Argelia. Y lo resuelve en sentido desestimatorio por no haberse aportado datos precisos que justificasen el temor racional y fundado de lesión de sus derechos (sino una mera alegación genérica, y no concretada sobre la situación del Estado de Derecho en Argelia) y por haberse establecido la expresa condición al Estado reclamante de que, en el caso de que la pena a imponer fuera la de cadena perpetua, ésta no significase indefectiblemente la privación de libertad de por vida (debiéndosele reconocer al reclamado la posibilidad de acogerse a medidas de revisión de la pena o aplicación de medidas de clemencia con vistas a la no ejecución de la pena).

E) Nacionalidad

Han sido varias las resoluciones recaídas en este período con respecto a solicitudes de concesión de la nacionalidad española. Así, en las SSTs de 23 de noviembre de 2005, Ar. 4142 de 2006, 29 de marzo de 2006, Ar. 4843, y 5 de abril de 2006, Ar. 4852, tras reiterar su asentada interpretación sobre el requisito (exigido por el artículo 22.4 CC) de la “buena conducta cívica” del solicitante —al decir que constituye un requisito adicional sobre la mera ausencia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras—, el Tribunal Supremo concluye que “debe ser valorado mediante el examen del conjunto de la trayectoria personal del solicitante, incumbiendo a este último la carga de probar su buena conducta cívica”.

Finalmente, la STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 5646, interpreta que el requisito de los diez años de residencia continuada (exigido por el artículo 22 CC) debe entenderse referido al período inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad (no al de la interposición del recurso contencioso-administrativo contra su denegación).

5. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Al hilo de diferentes recursos cuyo objeto directo era una solicitud de indemnización (y cuyo análisis más detenido corresponde, por tanto, a otro apartado de esta Revista), tenemos algunas consideraciones sobre el consentimiento informado que puede merecer la pena siquiera sea su escueta mención aquí. Así, la STS de 29 de marzo de 2006, Ar. 5482, sobre deficiente vasectomía; la STS de 20 de junio de 2006, Ar. 5152, sobre consentimiento incompleto por desconocimiento de los riesgos concretos de la operación quirúrgica, y la STS de 26 de junio de 2006, Ar. 5554, sobre información no exhaustiva y suficiente de los riesgos de la intervención.

B) Legalidad del Acuerdo ente el Ministerio de Sanidad y Farmaindustria

Dos sentencias resuelven —ambas en sentido desestimatorio— sendos recursos contra el Acuerdo de 31 de diciembre de 2001 suscrito entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y Farmaindustria, en el marco de un plan estratégico de medidas de control del gasto farmacéutico y uso racional del medicamento. En efecto, las SSTs de 18 de abril y 3 de mayo de 2006, Ar. 4876 y 4063, ratificarán la legalidad de este Acuerdo, ya enjuiciado positivamente con anterioridad (en la Sentencia de 27 de abril de 2005, Ar. 4556).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: corresponde al orden civil conocer de la impugnación de una resolución administrativa dictada por un colegio profesional con el fin de recabar el auxilio judicial para obtener el título ejecutivo que le permita imponer coercitivamente una resolución a su destinatario.

B) Competencia. a) Competencia territorial: no se puede aplicar el fuero electivo en caso de un Acuerdo de AENA relativo a un concurso público para la prestación de servicios. b) Compete a los Juzgados Centrales conocer del recurso contra el acto de Director de un Centro Penitenciario referente a retribuciones. c) Compete a los Tribunales Superiores de Justicia conocer del recurso frente a resolución del INSALUD en materia de responsabilidad patrimonial. C) Sujetos: legitimación. a) Legitimación de un sindicato para recurrir la modificación de una relación de puestos de trabajo. b) Carencia de legitimación del denunciante para recurrir contra el archivo de su denuncia contra un magistrado en el ejercicio de sus funciones. c) Legitimación del denunciante de un Magistrado en el ejercicio de sus funciones para solicitar del CGPJ la investigación de los hechos. D) Objeto. a) La falta de respuesta a las alegaciones efectuadas en un expediente de expulsión de un ciudadano extranjero produce la caducidad del mismo, no su resolución por silencio. b) La dilación en la ejecución de una concentración parcelaria constituye un supuesto de inactividad de la administración. E) Procedimiento. a) Cuan-
tía: en los supuestos de responsabilidad patrimonial sólo se atiende a la reclamación principal, con exclusión de los intereses. b) Plazos. a') Doctrina general sobre el cómputo de plazos. b') La situación de incumplimiento por la Administración de su obligación de dictar una resolución expresa debe equipararse a los supuestos de notificación defec-
tuosa. c) Inadmisión: la falta de subsanación de la no aportación del acuerdo previo del órgano competente produce la inadmisión del recurso. d) Sentencias. a') No es neces-
aria una expresa declaración de hechos probados. b') Alcance del deber de motivación. c') El requisito de la motivación se cumplimenta con una respuesta global o genérica.

d') Cuando se inadmite el recurso es innecesario el análisis del fondo de la cuestión.

e') Imposibilidad de ejecución por posterior promulgación de Ley Autonómica.

F) Suspensión. a) No procede la suspensión de la retransmisión de un evento deportivo en aplicación de los servicios esenciales del ente RTVE. b) No hay daños o perjuicios

de imposible o difícil reparación en la ejecución de la expulsión de un ciudadano ex-

tranjero. c) Límite temporal de las medidas a adoptar. d) Especialidades en materia de

suspensión contenidas en la Ley de Costas. G) Extensión de efectos. a) La situación jurí-

dica del solicitante y la de los favorecidos por el fallo ha de ser idéntica. b) No procede

si la doctrina cuya extensión se pretende es contraria a la jurisprudencia. H) Costas: No

procede incluir la partida de desglose de poder. **2. Recurso de casación.** A) Motivos: no

se puede efectuar una nueva valoración de la prueba. B) Inadmisión. a) La admisión es

un trámite cuya resolución reviste un carácter provisional. b) Las sentencias pendientes

a la entrada en vigor de la nueva Ley Jurisdiccional siguen el régimen establecido en su

Disposición Transitoria Primera. c) Cuantía: la cuantía viene establecida por el valor del

desalajo de las pertenencias, no por el valor del inmueble. **3. Recurso de casación para**

unificación de doctrina. A) Debe darse la triple identidad de sujetos, fundamentos y

pretensiones.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 8 (junio de 2006) hasta el número 15 (septiembre de 2006) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a los plazos procesales y a la motivación de las sentencias.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: corresponde al orden civil conocer de la impugnación de una resolución administrativa dictada por un colegio profesional con el fin de recabar el auxilio judicial para obtener el título ejecutivo que le permita imponer coercitivamente una resolución a su destinatario

La STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 1650, analiza el caso en el que un Colegio Profesional recaba el auxilio judicial no para anular la Resolución dictada sino para obtener

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

un título ejecutivo que le permitiera imponer la colegiación obligatoria a un Piloto de la Aviación Comercial que, frente al requerimiento, efectuado había mantenido una actitud pasiva.

Considera la Sala que lo que se pretende con el recurso no es postular su anulación sino sólo compeler a un particular a cumplir lo en ella acordado, no existe una actividad impugnabile, porque ni lo previsto en el artículo 1.1 y 2.d) y 2.c) de la Ley Jurisdiccional, ni en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, ni por supuesto lo establecido en los artículos 9.4 y 53 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, permiten una interpretación que conduzca al acogimiento de que este orden jurisdiccional esté para impetrar el auxilio judicial en la forma en que lo entiende la parte. Cierto es que existe un acto administrativo cuyo conocimiento correspondería a este orden jurisdiccional pero sólo para los fines expresamente previstos en los artículos 25 a 30 de la Ley Jurisdiccional puestos en relación con el artículo 20 de la propia Ley. Por ello son conformes a derecho los autos impugnados en cuanto razonan que no se está impugnando ningún acto administrativo, pues en los artículos 25 a 30 no consta la posibilidad de tutela que pretende la recurrente. Tan sólo el artículo 29.2 de la citada Ley permite al administrado instar esa tutela judicial a fin de obtener un título ejecutivo (sentencia) que posibilite la ejecución forzosa de los actos administrativos firmes, cuando la Administración no los ejecute.

Ése es el único sentido posible que cabe dar al auxilio judicial en el que inciden las sentencias del Tribunal Supremo del Orden Jurisdiccional Civil que cita la parte –por lo que tampoco se infringe lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil– y en la forma en que han de ser entendidas las sentencias que se citan, que sólo ha de serlo en el sentido propio de la Ley Jurisdiccional, como la necesidad de un acto administrativo previo impuesto contra el administrado para que si no está conforme pueda interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo.

En definitiva, en este caso aparece claro que la jurisdicción contencioso-administrativa se muestra inidónea para examinar y decidir una pretensión como la que ahora se analiza, que no tiene encaje en absoluto en la estructura y función de este orden jurisdiccional que reclama, por definición, la existencia de una actuación administrativa cuya anulación se pretenda (artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 de la Ley Jurisdiccional) de tal modo que sin “acto” o actividad administrativa previa en el sentido antes explicado no hay posibilidad de controversia a dilucidar por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ya que en estos procesos la legitimación pasiva corresponde como regla a una Administración Pública, pero no a un particular (artículos 19.2 y 21 de la Ley Jurisdiccional).

Si bien el defecto de jurisdicción presupone la falta de jurisdicción en sentido estricto, la impuesta por la razón de la materia, en este caso no se produce porque determinados planteamientos de la demanda no habrían obtenido respuesta, sino porque consiste en la falta de ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida; lo que sucede es que, como razonadamente expresan los autos recurridos, la materia no corresponde al orden jurisdiccional al que se ha acudido, y ello pese a la naturaleza de las Corporaciones de Derecho

Público como organizaciones de base y fines privados, si bien con una dimensión pública por su conexión también con el interés público, esto es, como Corporaciones sectoriales de base privada, pero no por ello, sin más, que puedan acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando no exista actividad impugnada, pese a que formalmente el acto dictado y que ha dado lugar a este recurso se trate de un acto administrativo, pero que necesita de una actividad intermedia que la convierta en actividad impugnada siguiendo las normas establecidas en la propia Ley.

B) Competencia

a) Competencia territorial: no se puede aplicar el fuero electivo en caso de un Acuerdo de AENA relativo a un concurso público para la prestación de servicios

A la vista de una doble corriente jurisprudencial la STS de 20 de febrero de 2006, Ar. 2908, se pronuncia sobre si fue conforme a derecho el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia en el sentido de aplicar el fuero electivo en materia de contratos administrativos.

Toma en cuenta como criterio decisivo la regulación aprobada por el legislador al promulgarse la Ley de 17 de julio de 1998. El artículo 14 de este texto legal limita la aplicación del tan repetido fuero a los supuestos de personal, propiedades especiales y sanciones, y sólo para estos casos se establece la posibilidad de que el demandante elija interponer el recurso ante el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga su domicilio, o bien ante el Tribunal competente teniendo en cuenta cual sea la sede del órgano autor del acto originario impugnado. Es decir, el legislador añade a los supuestos en que se aplica el fuero electivo los casos en que se trate de sanciones, pero en modo alguno alude a los demás, y por supuesto el fuero electivo no se extiende de modo tal que se produzca su aplicación cuando se trate de materia de contratos de las Administraciones públicas. Tal es el supuesto estudiado en el cual versa el debate sobre adjudicación de un contrato de servicios por AENA, ente público cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, habiendo sido dictado el acto que se impugnó en la instancia por el Consejo de Administración del referido ente, que tiene su sede en Madrid. Se resuelve, por consiguiente, de acuerdo con la regulación ahora vigente, a la que se atuvo una corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, incluso en los casos en que cabían dudas sobre la aplicación del fuero electivo, resueltas en sentido contrario por una corriente jurisprudencial diferente.

b) Compete a los Juzgados Centrales conocer del recurso contra el acto de Director de un Centro Penitenciario referente a retribuciones

Para decidir la cuestión de competencia resuelta por la STS de 16 de febrero de 2006, Ar. 2172, considera preciso determinar si la resolución administrativa impugnada en la instancia fue o no dictada en el ejercicio de facultades delegadas por el Ministro del Interior. Si bien en la misma no se hacía mención expresa a una delegación de atribuciones, aquí-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

lla se había dictado en el ejercicio de facultades delegadas, extremo este que confirmaban dos oficios existentes en el expediente administrativo.

Pues bien, la Sala ha declarado que debe prevalecer la realidad legal de la existencia de una delegación de atribuciones frente a la omisión formal de no mencionarse en la resolución administrativa de que se trate la correspondiente delegación de atribuciones. La aplicación al caso presente del criterio jurisprudencial acabado de indicar obliga, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.a) LJCA, a atribuir la competencia discutida al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, pues el acto administrativo en cuestión debe ser imputado al Ministro del Interior, órgano delegante, y, además, en el caso presente se está ante materia de personal (minoración de retribuciones de un funcionario) que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

c) Compete a los Tribunales Superiores de Justicia conocer del recurso frente a resolución del INSALUD en materia de responsabilidad patrimonial

La STS de 19 de febrero de 2004, Ar. 1966, analiza la determinación de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autónoma en los supuestos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo.

Tal desestimación produce “los solos efectos” —en expresión textual del artículo 43.3 de la Ley 30/1992— de permitir a los interesados la interposición del recurso que resulte procedente. Tal situación no libera a la Administración de dictar resolución expresa —artículo 42.1 de la misma Ley—. Hasta tal punto es ello así que se establece un régimen distinto según se trate de un supuesto de estimación por silencio, cuya resolución expresa necesariamente deberá ser confirmatoria del acto de que se trata, o de un supuesto de desestimación por silencio, cuya resolución expresa no queda vinculada al sentido del silencio —artículo 43.4—. De los preceptos examinados se deduce que, una cosa es que la ficción del silencio permita al administrado la interposición del recurso correspondiente, mitigándose así los perniciosos efectos que, en otro caso, se podrían derivar de la inactividad de la Administración en decidir, y otra distinta la persistencia de la obligación de esta última de resolver. El administrado podrá, pues, optar entre entender desestimada su petición, a los “solos efectos” de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa, —o “definitiva”, en expresión del artículo 20 de la Ley 12/1983— pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia, impuesta, primero por la Ley y, después, por el Decreto de transferencia —en este caso, el ya citado 1980/2001, de 27 de diciembre—.

La resolución comentada resuelve así la cuestión de competencia en favor del Tribunal Superior de Justicia toda vez que en la fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente. Ciertamente es que esta solución contradice lo establecido por la misma Sala y Sección en Sentencia de 30 de junio de 2003 —cuestión de competencia núm. 110/2002— pero las consideraciones anteriores imponen un cambio de criterio, con la ventaja añadida de proporcionar un principio claro de proceder, según el cual ha de entenderse que la actuación administrativa en los

supuestos de falta de resolución expresa, una vez producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud –INSALUD–, ha de atribuirse a esta Administración, por lo que, a su vez, la competencia para conocer de los procesos que se susciten en dichos supuestos debe atribuirse a la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

C) Sujetos: legitimación

a) Legitimación de un sindicato para recurrir la modificación de una relación de puestos de trabajo

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción, es más severa o estricta que 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 y que 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. 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 se ha 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. 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.

Desde estas perspectivas, para la **STS de 31 de marzo de 2006**, Ar. 1719, resulta evidente la conexión o vínculo entre el sindicato demandante y el acto recurrido, pues 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 con independencia de su carácter organizativo, pues esto afectaría en su caso a que tuviera o no que someterse a negociación colectiva, pero no a la impugnación de la misma.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

b) Carencia de legitimación del denunciante para recurrir contra el archivo de su denuncia contra un magistrado en el ejercicio de sus funciones

Una consolidada jurisprudencia ha afirmado la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios. Y merece ser subrayado que el núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera. La amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) LJCA, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llegan hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real.

Pues bien, para la **STS de 14 de diciembre de 2005**, Ar. 1801, la clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del CGPJ, dictada en expediente abierto en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un juez, debe situarse en el dato de si la imposición o no de una sanción al Juez denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, o eliminar una carga o gravamen en esa esfera. El problema de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, y hace que en cada uno de ellos deba realizarse la búsqueda del concreto interés legítimo que pueda servir de soporte a la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge. El haber sido parte en un determinado proceso judicial, no supone necesariamente poseer la específica legitimación que aquí se está analizando. El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso. Tampoco el propósito de ejercitar la pretensión de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 CE, puede servir de base a una legitimación para reclamar la imposición de sanción a un Juez. Ni en ese concreto precepto, ni en la ley en general, hay elementos que permitan sostener que la proclamación de una anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

c) Legitimación del denunciante de un Magistrado en el ejercicio de sus funciones para solicitar del CGPJ la investigación de los hechos

No cabe que el denunciante recurra en vía administrativa las decisiones de archivo adoptadas por la Comisión Disciplinaria, pues el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es terminante en ese extremo. Por lo que se refiere a la decisión de archivo en sí misma considerada, el Alto Tribunal ha ido perfilando su jurisprudencia en materia de legitimación de los denunciantes en la vía jurisdiccional y, de acuerdo con ella, tal como se expresa en la Sentencia de 13 de octubre de 2004 (recurso 568/2001), debemos reconocer la que asiste al denunciante que está legitimado para impugnar judicialmente

el archivo de su denuncia, ya que el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el Consejo General del Poder Judicial desarrolle, cuando proceda, las actividades investigadoras que le corresponden sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación con la Administración de Justicia o con la actuación de los Jueces y Magistrados.

Eso es lo que sucede en el proceso analizado por la **STS de 6 de febrero de 2006**, Ar. 3011. La pretensión ejercitada va dirigida a satisfacer dicho interés ya que se ha denunciado la falta de desarrollo de la actividad investigadora o inspectora del Consejo General del Poder Judicial.

Ahora bien, si cuanto acabamos de decir lleva a excluir la inadmisibilidad de esta pretensión del recurrente, no es obstáculo a la desestimación de su recurso, ya que no es preciso que el Consejo emprenda una particular actuación investigadora cuando de los términos de la denuncia no se desprenden hechos susceptibles de ser calificados como infracciones disciplinarias. En tales casos, basta informe del Jefe del Servicio de Inspección proponiendo el archivo (artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Así procedió la Comisión Disciplinaria cuando resolvió archivar la denuncia.

D) Objeto

a) La falta de respuesta a las alegaciones efectuadas en un expediente de expulsión de un ciudadano extranjero produce la caducidad del mismo, no su resolución por silencio

La **STS de 17 de febrero de 2006**, Ar. 2915, ha señalado que en un procedimiento administrativo que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución desestimatoria presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así, pues los efectos que allí se contemplan del vencimiento del plazo son bien distintos de los que regula el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3. Así, mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992), el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados, en el caso de silencio negativo, la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, por el contrario, en los procedimientos de naturaleza sancionadora y, en general, en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio (en el sentido del artículo 43.3), sino la caducidad del procedimiento. Y en el caso presente no puede discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y, por

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ende, su cobijo en el artículo 44 de la LRJPAC y su exclusión del régimen contemplado en su artículo 43.

b) La dilación en la ejecución de una concentración parcelaria constituye un supuesto de inactividad de la administración

Transcurridos varios años desde el Decreto por el que se declaraba de utilidad pública y urgente ejecución la concentración parcelaria sin que dieran comienzo los trabajos correspondientes, no debe acogerse la alegación de la Diputación General a cuyo tenor el Decreto incumplido es una disposición general (y no un acto) que requiere medidas de aplicación.

La STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 2970, conviene en que no estamos, ni ante una norma de la que se deduzca la obligación de la Administración de darle cumplimiento inmediato, ni ante un acto concreto que declare o reconozca derechos a los particulares. En el supuesto se trata de un procedimiento de gran complejidad, el de concentración parcelaria, con numerosos trámites de desigual importancia, y es palmario que en la fecha de autos ni siquiera se había incoado el procedimiento. A la vista de ello entender que en un caso como el presente no se ha producido una inactividad administrativa frente a la que puede interponerse recurso, implica frustrar utilizando argumentos formalistas la finalidad querida por el legislador de que los ciudadanos puedan combatir frontalmente las dilaciones indebidas, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción.

E) Procedimiento

a) Cuantía: en los supuestos de responsabilidad patrimonial sólo se atiende a la reclamación principal, con exclusión de los intereses

El ATS de 2 de febrero de 2006, Ar. 1624, reiterando lo dicho en otros asuntos relativos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial, declara que no puede computarse la cantidad a la que pudiera tener derecho el recurrente en concepto de intereses y ello pues es doctrina reiterada la que establece que en materia de responsabilidad patrimonial, para la determinación de la cuantía se tendrá únicamente en cuenta la reclamación principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, expresión esta comprensiva de los intereses reclamados, dado su carácter accesorio respecto del principal, por lo que no podrán sumarse éstos al principal objeto de la reclamación, a los efectos de fijación de la cuantía del asunto.

Se deben distinguir, a los efectos de que la reparación debida sea integral, por una parte el principal, por otra, los intereses de actualización desde el día en que se causó el daño hasta la fecha en que se concretó el importe de la indemnización a pagar y, finalmente, el interés legal de demora hasta su completo pago. Por último, debe señalarse que aunque es cierto que debe distinguirse entre lo que constituye la actualización de la deuda y el interés legal de demora, no lo es menos que ambos conceptos han de considerarse acce-

sorios respecto del débito principal reclamado, y que a los efectos de la determinación de la cuantía litigiosa dan lugar a la aplicación del artículo 42.1.a) LJCA.

b) Plazos

a') Doctrina general sobre el cómputo de plazos

La STS de 8 de marzo de 2006, Ar. 1938, acoge la doctrina del Tribunal Supremo que expone cuál es la finalidad de la reforma del artículo 48.2 de la Ley 30/1992, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y resume la jurisprudencia de la Sala sobre la materia en los siguientes términos.

La reforma legislativa de 1999 tuvo el designio expreso –puesto de relieve en el curso de los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación– de unificar, en materia de plazos, el cómputo de los administrativos a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 con los jurisdiccionales regulados por el artículo 46.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto al día inicial o *dies a quo*: en ambas normas se establece que los “meses” se cuentan o computan desde (o “a partir de”) el día siguiente al de la notificación del acto o publicación de la disposición. En ambas normas se omite, paralelamente, la expresión de que el cómputo de dichos meses haya de ser realizado “de fecha a fecha”.

Esta omisión, sin embargo, no significa que para la determinación del día final o *dies ad quem* pueda acogerse la tesis de la actora. Por el contrario, sigue siendo aplicable la doctrina unánime de que el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente. La doctrina sigue siendo aplicable porque la regla “de fecha a fecha” subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos.

Sin necesidad de reiterar en extenso el estudio de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de este tipo de plazos, cuya conclusión coincide con la que se acaba de exponer, nos limitaremos a reseñar lo que podría ser su síntesis en estos términos: A) Cuando se trata de plazos de meses (o años) el cómputo ha de hacerse según el artículo quinto del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual, aun cuando se inicie al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición, el plazo concluye el día correlativo a tal notificación o publicación en el mes (o año) de que se trate. El sistema unificado y general de cómputos así establecido resulta el más apropiado para garantizar el principio de seguridad jurídica. B) El cómputo del día final, de fecha a fecha, cuando se trata de un plazo de meses no ha variado y sigue siendo aplicable, según constante jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 46.1 de la vigente Ley Jurisdiccional, de modo que el plazo de dos meses para recurrir ante esta jurisdicción un determinado acto administrativo si bien se inicia al día siguiente, concluye el día correlativo al de la notificación en el mes que corresponda. Esta interpretación del referido artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional es igualmente aplicable al cómputo administrativo del día final en los plazos para interponer

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

el recurso de reposición, a tenor de los artículos 117 y 48.2 de la Ley 30/1992 después de la reforma introducida en el segundo de ellos por la Ley 4/1999, pues precisamente el objeto de la modificación fue parificar el régimen de la Ley 30/1992 con el de la Ley 29/1998 en la materia.

b') La situación de incumplimiento por la Administración de su obligación de dictar una resolución expresa debe equipararse a los supuestos de notificación defectuosa

El Tribunal Constitucional ha contemplado de manera específica la caducidad de la acción en relación con la impugnación en vía contencioso-administrativa de las desestimaciones presuntas o por silencio administrativo, elaborando un cuerpo de doctrina, a partir de la Sentencia 6/1986, de 21 de enero, ratificada por otras posteriores (SSTC 204/1987, de 21 de diciembre, 63/1995, de 3 de abril, 188/2003, de 27 de octubre y 220/2003, de 15 de diciembre), doctrina que se recoge y ordena de manera completa en la Sentencia 14/2006, de 16 de enero, y que se sintetiza en la Sentencia 39/2006, de 13 de febrero, en los siguientes términos: la doctrina indicada parte de que el silencio administrativo es una mera ficción legal para que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración y parte, asimismo, de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 180/1991, de 23 de septiembre; 294/1994, de 7 de noviembre; 3/2001, de 15 de enero, y 179/2003, de 13 de octubre), para continuar entendiendo que, ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración, y concluir, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido –recuérdese que el silencio negativo es una mera ficción con la finalidad de abrir la vía jurisdiccional ante el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente– supone una interpretación absolutamente irrazonable, que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Y sabido es que, aun cuando el tema de la caducidad de las acciones constituye en principio un problema de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos judiciales ex artículo 117.3 CE, adquiere dimensión constitucional cuando, conforme se sostiene en las Sentencias citadas, la decisión judicial supone la inadmisión de una demanda como consecuencia de un error patente, una fundamentación irrazonable o arbitraria y, consecuentemente, el cercenamiento del derecho fundamental a obtener una resolución de fondo suficientemente motivada que deseche cualquier interpretación rigorista y desproporcionada de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la acción ante los Tribunales.

A tal efecto conviene señalar que la indicada Sentencia 14/2006 precisa, por referencia a la 220/2003, que aunque las resoluciones judiciales declararan la caducidad de la acción contencioso-administrativa mediante una interpretación razonada de la norma aplicable

que no puede calificarse como arbitraria, “ello no significa que dicha interpretación no suponga una vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, habida cuenta que, si “el canon de constitucionalidad aplicable al presente caso no es el de la arbitrariedad, propio del control de las resoluciones judiciales obstativas del acceso al recurso, sino el de la proporcionalidad, que margina aquellas interpretaciones que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la cuestión a él sometida”, “debemos concluir que la exégesis que aquélla incorpora a su fundamentación ha desconocido la obligada observancia del principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, así como las exigencias que, con carácter general, se derivan del artículo 24.1 CE en relación con el orden de lo contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados (STC 86/1998, de 21 de abril, FJ 5º) (...) Y ello porque, como ya hemos tenido oportunidad de afirmar, la omisión de un pronunciamiento sobre el fondo, imputable a la Sentencia objeto de esta queja, desvirtúa la finalidad de la institución del silencio administrativo, por cuanto transforma en una posición procesal de ventaja lo que es, en su origen, el incumplimiento de un deber de la Administración, como el de dar respuesta expresa a las solicitudes de los ciudadanos (artículo 94.3 de la aplicable LPA, y artículo 42.1 de la vigente Ley 30/1992), permitiendo de tal modo que, pese a la persistente negativa o resistencia a tal deber por parte del ente público, éste quede inmune al control jurisdiccional plenario que viene exigido por el artículo 106.1 de la Constitución. Se produce, así, la denunciada lesión del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado por el artículo 24.1 de la Norma suprema, en su más primaria o genuina manifestación, cual es la del acceso a la jurisdicción, señaladamente para articular la defensa del ciudadano frente a los poderes públicos [STC 48/1998, FJ 3º.b)], lo que conduce derechamente a la estimación del amparo (SSTC 86/1998, de 21 de abril, FJ 7º y 188/2003, de 27 de octubre, FJ 7º)”.

Finalmente, dicha sentencia añade que “no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando, como se ha dicho antes, caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas —que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente— puedan surtir efectos ‘a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda’ (artículo 58.3 LPC), esto es, sin consideración a plazo alguno, y sin embargo, en los casos en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

la normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición –artículo 46, apartados 1 y 4, LJCA”.

La aplicación de esta doctrina al caso analizado por la STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 2194, lleva necesariamente a estimar el motivo de casación, pues la causa de inadmisibilidad apreciada por extemporaneidad del recurso impide el acceso de la parte a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, frente al incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver, situación que no se produce cuando habiéndose resuelto la reclamación su notificación es defectuosa, en cuyo caso sólo surte efectos desde la fecha en que el interesado realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto o interponga el recurso procedente, es decir, sin consideración a un concreto plazo, haciendo así de peor condición a aquel que no ha obtenido respuesta de la Administración y favoreciendo el incumplimiento de la obligación de resolver que la ley impone a la misma. En definitiva, siendo posible una interpretación que al menos equipare la situación a los supuestos de notificación defectuosa, como se venía apreciando en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional y también de esta Sala (Sentencias de 23 de enero de 2004, 11 de marzo de 2004), ha de considerarse que la apreciación de la extemporaneidad efectuada en la instancia y de acuerdo con dicha doctrina resulta rigorista y desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican, y como tal contraria al derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

c) Inadmisión: la falta de subsanación de la no aportación del acuerdo previo del órgano competente produce la inadmisión del recurso

La STS de 6 de junio de 2006, Ar. 3155, aprecia la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b) LJCA de 1956 anterior. La doctrina jurisprudencial es clara cuando señala que tratándose del ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo, es preciso acreditar el oportuno Acuerdo por el órgano que estatutariamente viene encomendada dicha competencia. El recurrente en casación aduce que el previo acuerdo corporativo para comparecer en juicio sólo es exigible a las instituciones y corporaciones de Derecho Público pero no a las sociedades mercantiles o a las entidades de Derecho privado, en las cuales la capacidad procesal se ejercita por las personas que ostentan su representación sin necesidad de otro requisito. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aquí no se ha reprochado a la asociación recurrente la falta de aportación con el escrito de interposición del recurso del documento a que se refiere el artículo 57.2.b) de la LJCA de 1956, donde, como es sabido, se exige acompañar con el escrito de interposición del recurso el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exigen a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas. Por tanto, no estamos aquí ante un supuesto de inadmisión por defectuosa interposición del recurso sino en presencia de una causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b) de la LJCA de 1956 porque, como hemos señalado, no estaba acreditado que la Asociación en cuyo nombre se interponía el recurso tuviese la voluntad de litigar ni había siquiera constancia de cuál era el órgano que estatutariamente tenía atribuida la competencia para decidir la interposición del recurso.

d) Sentencias**a') No es necesaria una expresa declaración de hechos probados**

La STS de 15 de febrero de 2006, Ar. 1752, ha señalado que la vigente LJCA de 1998 (artículos 67 y siguientes) no ha implantado que las sentencias que se dicten en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo hubieren de contener una expresa declaración de hechos probados por lo que sigue la línea de la derogada LJCA de 1956 (artículos 80 y siguientes) que no establecía tal obligación. Tampoco se exige en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, fuere en el artículo 372 de la derogada LEC de 1881, fuere en el artículo 209 de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero.

La referencia que efectúa el artículo 248.3 de la LOPJ a la consignación de “hechos probados” ha de atenderse con la subsiguiente mención “en su caso”, es decir, cuando la respectiva norma procesal la exija. Otro tanto el artículo 209.2º LEC de 2000. Claro ejemplo de tal exigencia se constata en el apartado segundo del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley del Procedimiento Laboral así como en el apartado b) del artículo 191 del mismo texto legal al considerar como uno de los objetos del recurso de suplicación la revisión de los hechos declarados probados.

Por ello hemos de acudir a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca de que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, de 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero).

Motivación a la que expresamente se refieren los artículos 120 CE, 248.3 de la LOPJ y 359 LEC de 1881 (de tenor similar al actualmente vigente artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero). No obstante, es significativo que en ninguna de las citadas normas ni en la interpretación que del artículo 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial.

En la vigente LEC 1/2000 encontramos el artículo 218 relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

En la precedente LEC 1/1881 se fijaba, artículo 372, el modo de formular las sentencias definitivas con expresión en párrafos separados de los resultandos en que se consignarían

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubiesen sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse así como un último resultando especificando si se han observado o no las prescripciones legales en la sustanciación del juicio, expresándose en su caso los defectos u omisiones que se hubiesen cometido. También párrafos separados, que principiarían por la palabra considerando, se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso.

Cabe, pues, una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre). Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional (SSTC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo).

b') Alcance del deber de motivación

La STS de 20 de diciembre de 2005, Ar. 1740, ha sintetizado los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial en relación con la motivación de las resoluciones judiciales:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión la *ratio decidendi* en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido la Sala Tercera y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2º, 100/1999, de 31 de mayo, FJ 2º, 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 3º, 80/2000, de 27 de marzo, FJ 4º, 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2º, 220/2000, de 18 de septiembre, FJ 2º y 32/2001, de 12 de febrero, FJ 5º).

b) En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 CE es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos. Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 de la CE.

c) No toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria.

El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de la motivación de las sentencias, así en la número 13/2001, de 29 de enero, señala lo siguiente: “conviene recordar que el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones es una exigencia implícita en el artículo 24.1 CE, que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto constitucional en relación con el artículo 120.3 CE, pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado, y que responde a una doble finalidad: a) de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos. Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión”.

En el mismo sentido y matizando el alcance de la respuesta judicial a los planteamientos de las partes, en la Sentencia 91/2003, de 19 de mayo, el Tribunal Constitucional declara que “no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero). Por lo que se refiere a la valoración de la prueba, siendo cierto que la motivación de la sentencia exige dejar constancia de los elementos probatorios en los que se apoya la conclusión fáctica y las razones que llevan a la convicción del órgano jurisdiccional en atención a las pruebas contrastadas (Sentencia de 26 de octubre de 1999 citada en el recurso; Sentencia de 14 de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

julio de 2003), no lo es menos que en relación con el contenido, precisión o extensión que deba darse a esa expresión razonada de la valoración de la prueba, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que “la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas” (Auto TC 307/1985, de 8 de mayo) (Sentencia de 14 de julio de 2003). Y por su parte esta Sala, en Sentencia de 30 de enero de 1998, citada por la de 19 de abril de 2004, mantiene que “la falta de consideración de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación.”

Por su parte, las Sentencias de 28 de enero, 7 de julio y 6 de octubre de 2004, señalan que “no es preciso que contengan (las sentencias) una declaración de hechos probados ni que contengan un pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas en el proceso y no precisa concretar en qué medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece, bastando que la sentencia constituya una resolución fundada en derecho razonable y no arbitraria y motivada lógicamente”.

c') El requisito de la motivación se cumplimenta con una respuesta global o genérica

Según la **STS de 15 de febrero de 2006**, Ar. 1752, no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. La doctrina jurisprudencial sobre la materia se resume de la siguiente manera:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (SSTS de 15 de febrero, 9 de junio, 10 de diciembre de 2003, 15 de noviembre de 2004 y 15 de junio de 2005), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea, incongruencia positiva o por exceso (Sentencias de 13, 21 y 27 de octubre de 2004, 20 de septiembre de 2005); o sobre cuestiones diferentes a las planteadas de incongruencia mixta o por desviación (así, entre otras, 4 de abril de 2002, 17 de julio y 21 de octubre de 2003 y 15 de junio de 2005).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (SSTS de 13 de junio y 18 de octubre de 1991, 25 de junio de 1996 y 17 de julio de 2003). Es decir que el principio *iuris novit curia* faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altere la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (SSTS de 3 de julio y 27 de septiembre de 1991, 13 de octubre de 2000 y 21 de octubre de 2003). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales. La congruencia

requiere del Tribunal un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional (Sentencia de 23 de febrero de 1994).

d) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 26 de marzo de 1994, 27 de enero de 1996 y 10 de febrero de 2001), ni menos aún dictar un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996 y 208/1996). Se insiste en que las contradicciones producen confusión mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna (Sentencia de 30 de septiembre de 2002). Es necesario, por tanto, que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo.

e) Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre, STC 63/2004, de 19 de abril). Error patente que para tener relevancia constitucional, nos recuerda la STC 251/2004, de 20 de diciembre, con cita de otras muchas, no sólo ha de ser verificable de forma clara e incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente.

d') Cuando se inadmite el recurso es innecesario el análisis del fondo de la cuestión

El artículo 81.1 de la LJCA de 1956 dispone que la sentencia podrá contener “alguno” de los siguientes pronunciamientos: a) Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. b) Estimación o desestimación del recurso. Es decir, la Ley impone al juzgador que termine su resolución con una de estas dos alternativas.

Ciertamente ésta es una decisión del legislador, y no puede descartarse que en un momento determinado se opte por la solución contraria desde una interpretación de la actual legislación que la **STS de 9 de marzo de 2006**, Ar. 1707, no comparte, esto es, que el Juez haya de resolver, a pesar de admitir la inadmisibilidad, todas las cuestiones de fondo. Pero ni es la solución legal, ni aunque pudiera ser constitucionalmente admisible, la más aconsejable, pues en primer lugar iría en contra del principio de economía procesal, haciendo perder a los órganos judiciales un tiempo precioso en resolver unas cuestiones de fondo con un resultado práctico absolutamente inútil, que podría ser utilizado para resolver otros asuntos pendientes, y en segundo lugar, lejos de contribuir a una satisfacción del justiciable, aumentaría su desconfianza en un sistema judicial que reconociéndole su derecho en cuanto al fondo, se lo niega por motivos formales. Así se mantiene por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 12 de mayo de 1977 y 26 de septiembre y 24 de diciembre de 1986, que sostiene que la declaración consiguiente a la extemporaneidad conllevaría la innecesariedad de enjuiciar los restantes motivos de revisión aducidos.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

e) Imposibilidad de ejecución por posterior promulgación de Ley Autonómica

El supuesto de declaración de imposibilidad legal de ejecutar una Sentencia como consecuencia, en síntesis, de la posterior promulgación de una Ley autonómica, no es un supuesto de los que habitualmente la jurisprudencia conoce como de imposibilidad legal de ejecución de sentencia, y que, en realidad, son supuesto de inexecución por “imposibilidad reglamentaria”, ya que, normalmente, se trata de supuestos en los que el planeamiento urbanístico posterior –por tanto, la norma reglamentaria– incide sobre la anterior declaración jurisdiccional de nulidad, alterando su eficacia, de forma –o no– deliberada. Y, aunque el supuesto cuenta con una evidente semejanza con el aquí analizado, no es, sin embargo, ante el que nos encontramos por cuanto, aquí, la norma posterior, determinante, en principio, de la ineficacia de la decisión jurisdiccional, surge de una Asamblea legislativa, cuenta con rango legislativo y constituye la expresión de la voluntad popular.

Para la STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 2016, tal posibilidad, aunque, en principio, parece negada en el apartado 1 del artículo 105 de la LJCA (que establece que “no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo”), se contemplan, sin embargo, en el núm. 2 del citado artículo 105 LJCA, que dispone “que si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

F) Suspensión

a) No procede la suspensión de la retransmisión de un evento deportivo en aplicación de los servicios esenciales del ente RTVE

La retransmisión televisiva de un acontecimiento deportivo de interés general, un partido de fútbol, reviste un carácter excepcional e insustituible. Más allá de la trascendencia social que denota su catalogación al amparo de la Ley 21/1997, se trata de un acontecimiento deportivo que reviste una significación singular y que suscita considerable interés en los aficionados a ese deporte.

Para el ATS de 5 de abril de 2006, Ar. 1659, no ha quedado debidamente explicado en qué medida la efectiva protección del derecho de huelga requiere precisamente la suspensión de esa concreta retransmisión. No ignora la Sala que la decisión adoptada en este incidente cautelar está llamada a producir un resultado irreversible en lo que se refiere a la concreta retransmisión de ese partido de fútbol. Sin embargo, en relación con lo previsto en el último inciso del artículo 130.1 LJCA, esa constatación no implica que por ello el recurso pueda perder su finalidad legítima, pues, sin perjuicio de lo que en sentencia se resuelva sobre el punto aquí examinado, los servicios mínimos que fija el Real Decreto impugnado tienen un contenido considerablemente más amplio que abarca

otros servicios considerados esenciales que nada tienen que ver con aquella retransmisión deportiva. Por tanto, no puede afirmarse que el recurso quede privado de finalidad por el hecho de que no se acceda a la medida cautelar solicitada.

b) No hay daños o perjuicios de imposible o difícil reparación en la ejecución de la expulsión de un ciudadano extranjero

El criterio legal establecido en el invocado artículo 130 LJCA para dar lugar a la medida cautelar de suspensión, se encuentra en gran manera predeterminada por la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”, –inciso literal con el que se inicia el precepto–, razón determinante de que en la actual legalidad, al igual que en la representada por la Ley de 1956, haya de hacerse siempre una ponderación suficientemente motivada de los intereses públicos y privados concurrentes.

Desde estas premisas, la **STS de 4 de noviembre de 2005**, Ar. 2024, considera que no puede tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables en razón de la obligada salida del territorio español, por lo que tampoco cabe entender que la denegación de la suspensión haga perder su finalidad legítima el recurso cuando en todo caso, aquí y ahora, resultan prevalentes los intereses públicos, máxime en contemplación de los flujos migratorios que se están produciendo en los tiempos actuales, debiendo en fin tenerse en cuenta, de un lado, que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela efectiva que han de prestar los Tribunales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y en orden a la suspensión de los actos administrativos impugnados ante nuestra jurisdicción, queda satisfecha con la intervención o control de aquéllos respecto de la medida cautelar administrativa y, de otro, que nada impide que estimado el fondo del recurso contencioso-administrativo planteado, se proceda al retorno al territorio nacional e incluso, en su caso, a la reclamación de los perjuicios que hubieran podido ocasionarse.

c) Límite temporal de las medidas a adoptar

La **STS de 26 de febrero de 2006**, Ar. 3259, se pronuncia acerca del límite temporal de la eficacia de las medidas cautelares y su extinción por terminación del proceso principal. La suspensión de la ejecutividad de los actos objeto de impugnación es una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal, lo que hace que sea obvio que dicha actuación carezca de sentido cuando tal resolución haya recaído ya. En consecuencia, la vigencia de la medida cautelar se encuentra subordinada a la tramitación del recurso contencioso-administrativo principal. Y es que si el proceso cautelar tiene por finalidad facilitar otro proceso principal, garantizando la eficacia de su resultado, la cautela en él adoptada desplegará sus efectos hasta que el proceso principal termine.

Si la sentencia dictada en el proceso principal es estimatoria de la pretensión de fondo, la situación mantenida por la medida cautelar devendrá definitiva. Si la sentencia fuese

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

desestimatoria, la medida cautelar debe levantarse. Desde esta perspectiva, la petición de suspensión pierde su sentido cuando recae sentencia en el propio recurso contencioso a cuyo aseguramiento tendía la solicitud, porque entonces de lo que se trata es ya de la ejecución de la propia resolución recaída. En consecuencia ya no es aplicable el régimen de la ejecutividad de los actos administrativos y de la excepción que supone la medida cautelar que contempla el artículo 129 de la LJCA de 1998, sino que ha de atenerse a la específica previsión establecida en el artículo 91 de la propia LJCA, según la cual la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación. Una vez que el recurso principal ha sido resuelto por sentencia, carece de sentido el resolver sobre la suspensión y es aplicable el régimen específico de la ejecución de la sentencia recaída en el proceso principal.

Esta alteración de las reglas se produce cuando se resuelve el recurso principal, aunque la sentencia no sea firme; lo ha recordado la STS de 29 de octubre de 1997: en supuestos de haberse producido sentencia, aunque no sea firme por ser susceptible de recurso, carece de significado la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que en este caso no se trataría de la ejecutividad de éste, sino de la ejecución provisional de una sentencia recurrible. Cuando el proceso principal en instancia se resuelve, las cuestiones embebidas en la procedencia o no de ejecutar las disposiciones del acto impugnado deben resolverse acudiendo a lo ordenado en el fallo de la sentencia dictada en el proceso principal y a la fuerza ejecutiva de aquél. Habrá de estarse a lo que proceda acordar respecto de su ejecución provisional, si ha sido recurrida en casación, o a la ejecución definitiva de sus pronunciamientos, en el caso de haber alcanzado firmeza.

d) Especialidades en materia de suspensión contenidas en la Ley de Costas

El ordenamiento jurídico utiliza, en ocasiones, la expresión “acto” con significado de disposición de carácter general, y así el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, alude a los actos legislativos.

La STS de 15 de diciembre de 2005, Ar. 2042, destaca cómo el artículo 119 de la Ley de Costas prevé la solicitud de la medida cautelar de suspensión de los actos o disposiciones impugnados en sede jurisdiccional, pero sin imponer el juez o tribunal el deber de acceder necesariamente a ella o de pronunciarse sobre la misma *inaudita parte*, sino que, solicitada por la Administración recurrente, el tribunal, haciendo uso de las facultades que le confieren los mencionados preceptos de la Ley Jurisdiccional, puede acceder a ella atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso para seguidamente convocar a las partes a una comparecencia, a efectos de resolver sobre su levantamiento o mantenimiento, según dispone el artículo 135 de la Ley de esta Jurisdicción, o bien seguir el trámite ordinario, previsto en el artículo 131 de esta misma Ley para acceder o denegar la suspensión previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.

En definitiva, la suspensión contemplada en el artículo 119 de la vigente Ley de Costas no difiere del sistema de medidas cautelares regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencio-

so-Administrativa y precisamente por ello cabe adoptarla tanto respecto de actos como de disposiciones de carácter general. Es cierto que la Sala de instancia no lo entendió así, de manera que, acordada la suspensión sin oír a la Administración autonómica autora de la Orden impugnada, no convocó a las partes a una comparecencia, pero tal defecto procesal se ha subsanado por haberse deducido por ésta el oportuno recurso de súplica, en el que alegó cuanto a su derecho convino.

G) Extensión de efectos

a) La situación jurídica del solicitante y la de los favorecidos por el fallo ha de ser idéntica

La STS de 15 de marzo de 2006, Ar. 1764, reitera el criterio reconocido en precedentes sentencias que subrayan cómo el artículo 110.1.a) LJCA es terminante y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad, pues la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro.

b) No procede si la doctrina cuya extensión se pretende es contraria a la jurisprudencia

La situación jurídica de los recurrentes que obtuvieron sentencia favorable a sus intereses y la de quien solicita la extensión de efectos de ésta no es igual porque en el tiempo transcurrido entre aquella fecha y la de la solicitud han acaecido dos circunstancias de gran importancia que condicionan sustancialmente la pretensión actora: 1ª) El conocimiento de la posterior sentencia en interés de ley del Tribunal Supremo que se opone abiertamente a la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y 2ª) La entrada en vigor de la LJCA de 1998.

Así las cosas, la STS de 11 de marzo de 2006, Ar. 1833, considera que la primera circunstancia cierra la posibilidad de extensión de efectos por imperativo legal del artículo 100.7 de la LJCA, impidiendo la aplicación de una doctrina, la de aquella Sala, que ha sido desautorizada por la doctrina legal del Tribunal Supremo. La segunda circunstancia determina, según el artículo 72.3 de la LJCA 1998 y su Disposición Transitoria Segunda. 1, la imposibilidad material de aplicar la extensión de efectos respecto de sentencias pronunciadas antes de la fecha de 14 de diciembre de 1998.

H) Costas: No procede incluir la partida de desglose de poder

El ATS de 2 de febrero de 2006, Ar. 1625, reitera la doctrina que declara que el desglose de poder carece de sentido o interés para el propio proceso de que se trata, al no tener ninguna repercusión útil en su tramitación o resultado, habida cuenta además de la posi-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

bilidad de presentar el poder con una fotocopia interesando la devolución previa autenticación de la segunda, sin olvidar, por otra parte, la también posibilidad del otorgamiento por comparecencia *apud acta*, previsto en el artículo 281.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tratándose, por tanto de una actuación superflua (artículo 243.2º LEC).

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Motivos: no se puede efectuar una nueva valoración de la prueba

La STS de 20 de diciembre de 2005, Ar. 1740, ha reiterado que la infracción de las normas sobre la carga de la prueba sólo pueden invocarse en casación cuando la sentencia impugnada imputa erróneamente las consecuencias de la falta de la prueba a una parte a la que no corresponde. La valoración de la prueba no puede ser objeto de revisión en casación, pues es doctrina reiterada que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por el Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

La prueba, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación, supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; que se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad.

B) Inadmisión

a) La admisión es un trámite cuya resolución reviste un carácter provisional

La STS de 22 de diciembre de 2005, Ar. 1741, ha declarado que no es obstáculo para la inadmisión, en trámite de sentencia, de un recurso de casación, la circunstancia de que hubiese sido admitido con anterioridad, al tener esta admisión carácter provisional (reiterando así lo dispuesto en anteriores Sentencias de 30 de marzo y 23 de septiembre de 2002, 2 de abril, 13 de junio y 14 y 20 de octubre de 2003 y 26 de marzo, 5 de abril y 3 y 24 de mayo de 2004).

En efecto, esta resolución tiene carácter provisional, pues se pronuncia por tres magistrados en el despacho ordinario, según prevé el artículo 15 de la citada Ley de la Jurisdic-

ción, y no por todos los que componen la Sección, como es obligado para resolver sobre el fondo, a los cuales no puede privarse de decidir definitivamente con arreglo a su criterio sobre la admisibilidad del recurso de casación. En consecuencia, considerar invariable el pronunciamiento de inadmisibilidad efectuado inicialmente en el despacho ordinario comportaría impedir al Pleno de la Sección llamada a conocer sobre el fondo del asunto que pudiera pronunciarse definitivamente sobre la admisibilidad del recurso una vez tramitado en toda su extensión, como prevé expresamente la LJCA. Además podría suponer que el retraso que resulta en ocasiones inevitable como consecuencia de la acumulación de asuntos ante la Sala se tradujese en la necesidad de admitir recursos sin ajustarse a los requisitos legales (incluso en los casos extremos en que se hayan interpuesto con finalidades dilatorias). Todo ello obligaría al Alto Tribunal a exceder los límites de las potestades de casación que el ordenamiento jurídico le concede. En un sistema en el que la competencia funcional se halla cuidadosa y detalladamente tasada sin que dependa de un juicio sobre la oportunidad de entrar en la materia por parte del tribunal llamado a resolver el recurso se defraudarían, en contra del principio de seguridad jurídica y del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, los derechos consolidados como consecuencia de la firmeza ganada por la resolución que pretende impugnarse.

b) Las sentencias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley Jurisdiccional siguen el régimen establecido en su Disposición Transitoria Primera

El ATS de 24 de noviembre de 2005, Ar. 1603, vuelve a resolver 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 29/1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, preceptúa continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión.

Pues bien, a esas sentencias, es doctrina consolidada (AATS de 30 de octubre, 13 de noviembre y 18 de diciembre de 2000, entre otros muchos) que debe aplicárseles la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.

Téngase en cuenta que aunque el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los “procesos pendientes” ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, guarda silencio al respecto, el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la LJCA, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, “en estos casos” –dice–, expresión que permite entender comprende tanto

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

los casos del apartado 2 como los del apartado 1, en el que se encuentra contemplada la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso que nos ocupa.

La interpretación contraria vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera —la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la LJCA— y es difícilmente conciliable con la “plena aplicación” del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor —Disposición Transitoria Tercera—, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la nueva Ley de esta Jurisdicción.

Las posibles restricciones a la recurribilidad de determinadas resoluciones no son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, siempre que se articulen por ley. Téngase presente, además, que es doctrina reiterada que no se quebranta tal derecho porque un recurso contencioso-administrativo quede resuelto con una sola decisión judicial, máxime cuando ésta ha sido dictada por el órgano colegiado al que habría correspondido conocer en grado de apelación.

Y añade la resolución comentada que la aplicación de la nueva Ley de esta Jurisdicción no supone vulneración alguna del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE), ni tampoco entraña vulneración del principio de tutela judicial efectiva. El dato de que la sentencia haya sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 no es un factor discriminatorio, que es lo que proscribe el artículo 14 de la Constitución, sino un supuesto de hecho contemplado objetivamente por la nueva normativa procesal, a lo que debe añadirse que la aplicación al caso de las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera de la Ley 29/1998, en los términos que se han expuesto, no supone una aplicación retroactiva de la Ley 29/1998 más allá de lo que resulta de sus propios términos, y por ello acorde con el artículo 2.3 del Código Civil, y asimismo que el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, no es obstáculo para que una nueva normativa procesal, como la que aquí ha sido objeto de examen, cierre el acceso al recurso de casación respecto a determinados asuntos, pues como ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional en la STC 37/1995, de 7 de febrero, “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1995, 37/1988 y 106/1998). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador”.

Como consecuencia de lo expuesto, el Auto glosado procede declarar la inadmisión del recurso de casación, con arreglo a lo previsto en el artículo 93.2.a), en relación con las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera y los artículos 8.1.c) y 86.1, de la Ley de esta Jurisdicción.

c) Cuantía: la cuantía viene establecida por el valor del desalojo de las pertenencias, no por el valor del inmueble

En un recurso de casación referente a una Resolución de Alcaldía que concede al recurrente un plazo de quince días para el desalojo de la pertenencias que se hallen en una finca, el **ATS de 19 de enero de 2006**, Ar. 1607, considera que la cuantía del recurso es estimable, y viene determinada por el coste de las actuaciones que implica la efectividad del acto de desalojo que ordena el acto administrativo impugnado, coste que, teniendo en cuenta el artículo 41.1 LRJCA, en relación con la regla 11ª del artículo 251 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede exceder, notoriamente, de 25 millones de pesetas.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**A) Debe darse la triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones**

La **STS de 13 de junio de 2006**, Ar. 3465, nos recuerda la configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina que determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia. Por ello, como señala la Sentencia de 20 de abril de 2004, “la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de las mismas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar *a priori* la divergencia en la solución adoptada.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J. ESTEVE PARDO

Derecho del Medio Ambiente y Administración Local

[Fundación Democracia y Gobierno Local, 2ª ed., Barcelona-Madrid, 2006, 769 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Tras haberse agotado la primera edición de este libro, que fue publicada en 1996, y las posteriores reimpressiones, ve ahora la luz la segunda edición que supone además una importante innovación, en el sentido de hacerse eco de los numerosos avances y reformas sufridas en la materia en esta última década y, como el propio coordinador —el profesor ESTEVE PARDO— expresa, tales cambios han hecho necesario también introducir nuevos capítulos para responder a la realidad actual del Derecho ambiental.

Así, y como el profesor ESTEVE PARDO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y especialista en la materia, pone de manifiesto, estas importantes novedades pueden clasificarse en tres tipos: unas referentes a nuevas normativas, especialmente de origen comunitario o internacional como es el caso del Protocolo de Kioto, la legislación sobre control integrado de la contaminación o legislación sobre el ruido, la Directiva sobre responsabilidad civil por daños ambientales, la Red Natura 2000, o desde el plano interno, la nueva Ley de Montes.

El segundo tipo de novedades responde más bien a la preocupación social que han suscitado temas como la contaminación electromagnética, la protección del litoral ante ca-

tástrofes como la del Prestige, la creciente sensibilidad en torno a la contaminación lumínica, o la gestión de la fauna asilvestrada o los animales abandonados.

El último grupo de novedades se refiere al instrumental y fórmulas del Derecho ambiental, destacando las normas técnicas en la materia, a la adaptación de las instalaciones a las nuevas tecnologías, sistemas de gestión ambiental y ecoauditorías, régimen de comunicación de inicio de actividades, etc.

Además debe ponerse de manifiesto que aunque el título pudiera llevar a pensar que esta obra se centra únicamente en las competencias locales en materia de medio ambiente, realmente no es así, pues la referencia al ámbito local responde en realidad a la perspectiva de análisis adoptada respecto de un sistema y un régimen jurídico orientados a la protección del medio ambiente con unas dimensiones mucho más amplias.

Si la primera edición se agotó pocos meses después de ver la luz, lo mismo cabe augurar de esta nueva edición, pues si del rigor científico y el conocimiento intenso del tema estudiado del coordinador de esta obra no cabe duda, tampoco de los autores que participan en el mismo, aunando, como el profesor ESTEVE PARDO expresa, no sólo la generación de expertos que inicialmente participó en la primera edición, sino también la nueva generación de ambientalistas.

Todo ello unido a lo exhaustivo de este trabajo, que es incuestionable, pues comprende las distintas vertientes del Medio Ambiente: las fórmulas de intervención y los distintos sectores, pero también la perspectiva de los recursos naturales, hace de esta obra un punto de referencia para poder adquirir una comprensión global del Medio Ambiente y de sus distintas facetas, así como de los instrumentos de actuación, desde la

Administración, los Tribunales y los propios particulares, sobre el mismo.

Esto puede comprobarse en la estructura seguida y los autores que participan en cada una de ellas. Así, y por lo que a la primera cuestión se refiere, esta obra se divide en dos partes: la primera dedicada a las fórmulas e instrumentos del Derecho del Medio ambiente, y la segunda a los sectores objeto de regulación ambiental.

De esta forma en la primera parte se incluyen a su vez tres epígrafes bien diferenciados: el primero relativo a la intervención administrativa, dividido a su vez en tres apartados referentes respectivamente a la intervención autorizada, especialmente por lo que a la autorización ambiental integrada se refiere, a la disciplina ambiental y a la intervención tributaria; en el segundo se trata el tema de las fórmulas de autorregulación y colaboración privada; y el tercero se centra en la intervención judicial. De otro lado, la segunda parte cuenta con dos epígrafes, referentes respectivamente a la acción contra la contaminación y a los bienes y recursos naturales.

Por todo lo expuesto es de agradecer que en estos momentos en que el Medio ambiente ha adquirido una gran relevancia vean la luz obras de referencia como ésta.

E. MONTOYA MARTÍN

Las Entidades Públicas Empresariales en el Ámbito Local

[Iustel, Madrid, 2006, 114 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

A través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, se introdujo la fórmula

organizativa de la entidad pública empresarial en este ámbito, objeto de estudio de esta interesante monografía.

En esta monografía, la autora analiza esta figura desde una amplia perspectiva que incluye lo que la profesora Encarnación MONTOYA entiende como una naturaleza híbrida, es decir, las características que tiene cercanas a los organismos autónomos, al tratarse de un ente dotado de personalidad jurídica de Derecho público y tener la consideración de Administración, mientras de otro lado tiene elementos similares a las sociedades mercantiles locales por su sometimiento al ordenamiento jurídico privado; todo lo cual se traduce en la delimitación de las actividades que la Administración puede ejercer a través de esta fórmula organizativa, y a *sensu contrario* las actividades vedadas a su realización por medio de la entidad pública empresarial.

Partiendo de este punto de vista adoptado por la autora y de las premisas señaladas, la misma lleva a cabo un detenido estudio de esta figura y otros elementos relacionados con la misma y de interés para su comprensión global, así presta igualmente atención al régimen jurídico de su patrimonio, contratación, responsabilidad patrimonial y, especialmente, a la calidad como creciente medio de control de la discrecionalidad de la Administración.

De este modo, este libro comienza en su primer capítulo con el análisis de los servicios públicos locales y sus modos de gestión como marco de la regulación de las entidades públicas empresariales locales; pasando a continuación al estudio pormenorizado del régimen jurídico de las entidades públicas empresariales locales, desde una perspectiva amplia y exhaustiva. Por todo lo cual este trabajo es una obra de referencia en la materia.

F. TOSCANO GIL

(Prólogo del profesor R. Martín Mateo)

Autonomía y potestad normativa local

[Comares, Sevilla, 2006, 202 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como pone de manifiesto el profesor MARTÍN MATEO en el Prólogo a esta obra, que ha obtenido el premio Nacional ALBI a Estudios sobre Administración Local en el año 2004, el escalón local es de suma relevancia en la gestión de los intereses que afectan más cercanamente a los ciudadanos, así de modo muy expresivo dice que “podrían liquidarse de un plumazo varios Ministerios o sus equivalentes sin que los ciudadanos se sintiesen afectados, pero si en el Municipio en que habitan los lectores ... se cerrasen las puertas del Ayuntamiento expulsándose a sus agentes, al cabo de unas semanas los vecinos tendrían que emigrar”; de este modo la importancia del tema estudiado en esta monografía no deja lugar a dudas.

La CE de 1978 ha instaurado un modelo de organización territorial del Estado nuevo para España, basado en una estructura territorial de distribución de poderes, así y como recuerda el autor frente a la soberanía del Estado se encuentra la autonomía de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, si bien en su opinión el legislador no ha sido capaz de dotar a los entes locales de la capacidad de construir la realidad que les rodea que se deriva del reconocimiento constitucional de la autonomía local, centrándose en el estudio precisamente en desentrañar las posibilidades de actuación de los entes locales mediante el ejercicio de la potestad normativa local, se trata, por tanto, de analizar hasta dónde pueden llegar las normas locales en el marco configurado por la CE y el legislador.

Labor que hace el autor partiendo de una interpretación integradora de dos principios

de suma importancia en la materia: el de legalidad y el de autonomía local, y que desarrolla a lo largo de tres capítulos bien diferenciados. En el primero se analiza qué es la autonomía local, tanto desde la perspectiva conceptual como por lo que a su configuración en el Derecho positivo, es decir, por la CE y el legislador, se refiere. En el segundo capítulo se aborda el otro elemento clave del trabajo, la potestad normativa local; para concluir en el tercer y último capítulo con el núcleo de este trabajo, se trata de desentrañar si por parte de la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, se ha hecho lo bastante en aras a lograr la materialización de las posibilidades de actuación de los entes locales que implica la autonomía local, tal y como resulta de la configuración llevada a cabo por la CE.

Para lograr este fin el autor detiene su análisis de la situación de la normativa local en dos campos, que responden a los dos círculos en que ésta se puede mover, el círculo interno, lo cual regula el reglamento interno local, y de forma especial el reglamento orgánico, y el externo, que es abordado desde la perspectiva de la ordenanza local.

Y tras este exhaustivo y riguroso estudio el autor llega a una serie de conclusiones que pueden resumirse del siguiente modo: la autonomía local es una autonomía de carácter político, naturaleza que respalda el carácter representativo y democrático de su gobierno; independientemente de las técnicas de garantía por las que se opten lo importante es tener en cuenta la necesidad de adecuar la interpretación constitucional de la autonomía local al cambio de los tiempos, de forma que se cubran las necesidades de los ciudadanos y se dé solución a los nuevos problemas de los entes locales, sin perder de vista, por tanto, la ya señalada interpretación integrada entre el principio de legalidad y el de autonomía local; la autonomía a través de la potestad normativa no ha sido desarrollada en toda su potencialidad en materia de autoorganización, tanto por efecto de la jurisprudencia, destacando la STC 214/1989, como el concepto mismo de reglamento orgánico; a pesar del carácter reglamentario de las ordenanzas locales éstas tienen una importante peculiaridad, ya que expresan la voluntad de los entes locales

en el ejercicio de la capacidad de autodirección política que les corresponde, conforme a la naturaleza política de su autonomía, lo que la sitúa en una posición especial en el sistema de fuentes; de otro lado, no cabe duda de que tanto la jurisprudencia como el legislador se han mostrado en los últimos años más sensibles a las necesidades de los entes locales en el ámbito sancionador, destacando la STC 132/2001 y la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003; finalmente, concluye el autor que precisamente en el campo autoorganizativo que es tan propio e inherente a los entes locales, ha sido mermado por la jurisprudencia y el legislador; frente al potenciamiento en el ámbito sancionador, en el que dado el límite impuesto por la CE en su artículo 25.1, es decir, el principio de legalidad, la autonomía de los entes locales se encuentra más debilitada.

M. TARRÈS VIVES

(Prólogo del Profesor J. Esteve Pardo)

La regulación del taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho comparado

[Atelier, Barcelona, 2006, 216 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En el momento actual en que vivimos, en el que el fenómeno de la liberalización de ciertos servicios públicos ha adquirido una considerable importancia y que responde, al igual que muchas otras medidas, a la idea de instaurar un mercado único europeo de servicios y la tensión existente en consecuencia entre la intervención de la Administración en las actividades o sectores económicos y las reglas del mercado, se nos presenta ahora un estudio exhaustivo de un sector en cierto modo peculiar como es el del taxi.

De este modo, y como pone de manifiesto el profesor ESTEVE PARDO en el prólogo a

esta obra, este ámbito es uno de aquellos que se encuentran marcados por la influencia que sobre ellos ejercen conceptos y dogmas jurídicos que tienden a situarse en tensión; así se trata de una actividad profesional de atención al público que se ha venido desenvolviendo entre la fuerza de la libertad en el ejercicio de una actividad profesional y la fuerza ordenadora del servicio que se presta; siendo además de destacar en este sector la intervención administrativa a través del otorgamiento de títulos habilitantes, concretamente las licencias de taxi, y la peculiaridad de que lo que se ha liberalizado en este ámbito no es la actividad sino el mercado de las licencias que habilitan a su ejercicio.

El estudio que hace el profesor Marc TARRÈS es además muy completo, pues descende tanto a la normativa autonómica, con especial atención a las leyes catalana y vasca, que fueron las primeras en abordar de forma detallada esta materia, como al estudio de la experiencia comparada a través del análisis de dos sistemas tan contrapuestos pero igualmente tan importantes para el nuestro en muy diversas materias, me refiero al francés y al alemán. Sin olvidar además la importante repercusión en los últimos años en este sector por efecto de diversas sentencias, poniendo de manifiesto una vez más la exhaustividad del autor en sus trabajos.

Como pone de manifiesto el autor de esta interesante monografía, el taxi ni es un sector estratégico ni un servicio esencial, pero sí se trata de una actividad que cuenta con un volumen económico considerable, calificándolo de actividad privada de interés general, siendo esto lo que permite la intervención administrativa.

Dentro de la postura mantenida por el autor en cuanto a la regulación de este sector y sus propuestas cabe destacar que a su juicio el régimen actual del taxi respeta la libertad de empresa y puede conducir en un futuro hacia un escenario óptimo para la actividad de auto-taxi; para lo que entiende necesario introducir algunas medidas que puedan dar entrada

efectiva a un componente empresarial, incentivar el establecimiento de centrales y emisoras de radio-taxi y adoptar otras acciones que presten mayor atención a la calidad del servicio hacia el cliente y permitiesen incorporar innovaciones tecnológicas. Asimismo cabe destacar que el autor no es partidario de una apertura completa en el acceso de la actividad y a un libre establecimiento de precios, pues las experiencias al respecto han puesto de manifiesto los desafortunados resultados que ello ha originado. Finalmente apuntar que el autor se manifiesta partidario de un nuevo paradigma emergente en este campo como es el de la calidad.

Sin duda, esta obra aborda un tema de interés desde muy diversas perspectivas haciendo de este libro un estudio complejo y completo de la regulación de la actividad del taxi.

J.L. MEILÁN GIL

Progreso tecnológico y servicios públicos

[Civitas, Madrid, 2006, 261 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como ya se ha puesto de manifiesto en comentarios anteriores y alguno de este número, actualmente nos encontramos en un proceso liberalizador de muy diversos sectores y servicios públicos, a cuyo conocimiento ha contribuido de forma considerable la doctrina de los últimos años, siendo numerosos los estudios que han visto la luz, pues bien, aquí nos encontramos ante una aportación más de un especialista en la materia y que ha adoptado además una perspectiva interesante, el progreso tecnológico. Precisamente, uno de los principios básicos que inspiran en la actualidad el régimen de los servicios públicos actuales es el de la necesidad de adaptarse al progreso, si bien precisamente este libro es una reedición de otro que se publicó en 1968 con el título de *La cláusula de progreso en los servicios públicos*.

En efecto, como el autor pone de manifiesto, lo que se decía entonces sigue teniendo vigencia en una alta medida, porque la orientación que lo guió y las tesis que allí se sustentaron entroncan con la evolución seguida posteriormente y no resultan incongruentes con la realidad actual, dominada por los postulados del Derecho comunitario y el contexto a que responden, en el que destaca la importancia que ha adquirido la libre competencia y en el que a pesar de los cambios producidos, incluso desde la perspectiva terminológica, pues ahora se habla de servicios de interés general y servicio universal, la “cláusula de progreso” de la que hablaba el profesor MEILÁN GIL en los años sesenta sigue siendo de plena actualidad y aplicación.

Para llevar a cabo este estudio se divide el mismo en ocho partes: la primera dedicada al servicio público como categoría jurídica, la segunda a la cláusula de progreso de la ciencia, la tercera a la cláusula de progreso en los distintos ordenamientos, con especial atención al francés y al italiano, la cuarta a la cláusula de progreso en el Derecho español, la quinta al progreso tecnológico y servicios de interés general, en la sexta analiza el estado de la ciencia y la técnica en el funcionamiento de los servicios públicos, pasando en la séptima a exponer sus conclusiones, concluyendo en la octava con un apéndice documental que incluye jurisprudencia, prensa y legislación.

Para concluir recordar algo fundamental que expone el autor en sus reflexiones y es que el Derecho no debe desvincularse de su entorno social, lo cual tiene gran relevancia en relación con la categoría jurídica del servicio público, pues ésta se configuró en un contexto cultural determinado, como respuesta a necesidades de la sociedad, surgidas como consecuencia de avances en el mundo de las ideas y de la técnica; la idea del progreso, como objetivo social, se abre camino en las aspiraciones de las comunidades en la medida en que es posible convertirla en realidad; no es una utopía, generadora de frustraciones; el Estado y su Derecho son obligatoriamente sensibles a ello; el Derecho Administrativo ha debido encontrar fórmulas superadoras del Derecho Civil. Y el servicio público es una respuesta a esa aspiración de progreso social, aunque no la única.

J. CORRAL VILLALBA

Régimen Económico del Personal de las Administraciones Públicas

[Civitas, Madrid, 2006, 1658 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Se nos presenta aquí una obra de gran complejidad y que goza de una importante complitud, de este modo en el régimen económico del personal de las Administraciones Públicas se incluyen no sólo cuestiones retributivas, sino también multitud de temas conexonados con ellos, tales como el gasto público, organización, presupuestos, negociación colectiva, seguridad social, IRPF, valoración de puestos, relaciones de puestos de trabajo, que confluyen e influyen en el régimen económico, lo cuantifican en concreto y matizan su aplicación.

Se trata de temas conexos que cuentan con una detallada y prolija regulación que se pone en conexión además con el contexto en que se encuentran inmersas estas cuestiones y que como se señala en la misma es de frecuentes insatisfacciones, reclamaciones e, incluso, judicialización.

Además el estudio se extiende también al modelo de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública que tiene una serie de peculiaridades para diversos colectivos, generando sistemas diferentes que son estudiados de forma esquemática, como por ejemplo, el personal docente, o personal en el extranjero, entre otros supuestos. Igualmente el estudio comprende personal público a pesar de no ser incluido en el sistema, sino que se trata de modelos fuera del mismo, como los militares de carrera o el personal judicial.

También resulta de interés la atención prestada al salario del personal laboral, precisa-

mente ahora que el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público tiende a la regulación conjunta de algunos aspectos de ambos tipos de personal y en cierto modo a su aproximación en relación a ciertas cuestiones. Pues bien, dicho salario tiene su inspiración en el convenio colectivo, lo que supone la existencia de tantos sistemas como convenios, analizando los principales, junto a un conjunto de materias de derecho necesario, tales como las garantías del pago del salario: momento, lugar y medio del pago, facilidades, puntualidad, interés de mora; la reclamación judicial de salarios, etc. Materias que dada la escasez de estudios en el sector público, dan a esta obra un particular relieve.

Finalmente, y como muestra de la exhaustividad y utilidad de esta obra, la misma incluye anexos con diversas normas en la materia, provenientes no sólo del Estado sino también de las distintas Comunidades Autónomas.

J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ

El derecho de huelga de los funcionarios públicos

[Aranzadi, Navarra, 2006, 154 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Siguiendo con el tema del libro anterior se presenta ahora una obra que estudia otra cuestión relativa a los funcionarios públicos, tema de máxima actualidad en estos momentos en que se encuentra en tramitación el Proyecto de Estatuto Básico de Empleado Público, en concreto el derecho de huelga de los funcionarios públicos.

Este aspecto es de máximo interés, pues no debe olvidarse que el derecho de huelga de los funcionarios carece en nuestro sistema de una regulación normativa expresa y concreta.

Pues bien, este libro aborda esta interesante cuestión desde muy diversas perspectivas, así se estudia su titularidad, el encaje cons-

titucional y su reconocimiento legal, así como los funcionarios incluidos y excluidos, haciendo especial hincapié tanto en el régimen jurídico de las huelgas de los funcionarios, como en los efectos de las mismas, la situación administrativa de los funcionarios, la deducción de haberes y el régimen disciplinario.

Igualmente se estudian las condiciones previas al ejercicio del derecho, como la declaración de la huelga, la comunicación y el preaviso y el comité de huelga; así como las modalidades del ejercicio del derecho, las huelgas abusivas y las huelgas ilegales; la problemática de la huelga de los funcionarios y los servicios esenciales, el establecimiento de los servicios mínimos, la autoridad gubernativa competente y las posibles delegaciones; destacando además la utilización de jurisprudencia en el análisis de todas estas cuestiones, lo que pone el énfasis en el aspecto práctico de la obra.

Para todo ello esta monografía se divide en cuatro capítulos dedicados respectivamente al derecho de huelga de los funcionarios públicos y la problemática de su reconocimiento; a la configuración jurídica del derecho de huelga de los funcionarios: Derecho constitucional y Derecho legal; al régimen jurídico de las huelgas de los funcionarios públicos, y a los efectos de la huelga.

J.B. LORENZO DE MEMBIELA

Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera

[Aranzadi, Navarra, 2006, 739 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Siguiendo con el tema de la función pública, otro libro ha visto recientemente la luz, en este caso éste trata otro aspecto del régimen jurídico de los funcionarios, concretamente, su régimen disciplinario.

Así, en esta obra, de considerable amplitud, se trata y analiza el controvertido procedimiento disciplinario del empleado público,

recogiendo las posiciones de la doctrina y tribunales sobre esta potestad administrativa y sus limitaciones, y proponiendo respuestas legales. Igualmente se pone de manifiesto la importancia de la protección de los derechos fundamentales, junto al estudio de la incidencia de los principios penales y constitucionales de aplicación al procedimiento disciplinario: la tipicidad; el principio de *minimis non curat praetor*; el principio de intervención mínima; la antijuridicidad y sus causas excluyentes; la confianza legítima; la adecuación social; la culpabilidad y sus modulaciones; el derecho a la defensa; la asistencia letrada; el seguimiento de un procedimiento previamente establecido en la norma; el derecho a ser informado de la acusación con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; la presunción de inocencia; la tramitación de un procedimiento sin dilaciones indebidas; el procedimiento objetivo e imparcial; los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; la subordinación a la autoridad judicial; la prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionadoras o disciplinarias; la taxatividad, concreción y precisión de la norma sancionadora; la prohibición del *bis in idem*, o el principio de proporcionalidad.

El carácter práctico de este libro se comprueba especialmente en el manejo de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, así como los Acuerdos y Dictámenes de la Comisión Superior de Personal, lo que hace aún más interesante la lectura y utilización de esta obra.

R. CANOSA USERA

El derecho a la integridad personal

[Lex Nova, Valladolid, 2006]

MARÍA DÍAZ CREGO

Las secuelas cada vez más evidentes de la contaminación, los avances de la ciencia en el terreno de la biomedicina o los malos tratos sufridos por un número incontable de mujeres y niños a manos de sus pare-

jas o sus padres, forman parte de las preocupaciones cotidianas de la sociedad española a la par que constituyen ejemplos de la importancia sobresaliente de uno de los derechos reconocidos por la Constitución española, el derecho a la integridad física y moral.

Este derecho y, más concretamente, algunas de las formas que adoptan las vulneraciones del mismo, venían siendo objeto de estudio por parte de la doctrina penalista. Sin embargo, pocos estudiosos del Derecho constitucional se habían esforzado por analizar las implicaciones del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución española. Ésta es la tarea que afronta el profesor CANOSA en la obra estudiada.

El análisis del autor comienza con un estudio comparado en el que el reconocimiento de nuestra Constitución se observa a la luz de las previsiones de ciertos tratados internacionales, en concreto, el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados latinoamericanos. Termina este apartado con el estudio de la innovadora fórmula recogida en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en la que no sólo se reconoce el derecho a la integridad física y psíquica, sino que también se hace expresa referencia a ciertos derechos que afectan al ámbito de la medicina y la biología.

A partir de este estudio de Derecho comparado, el derecho reconocido por nuestra Constitución es analizado por el autor desde los presupuestos de la teoría general de los derechos fundamentales. El autor analiza sucesivamente la naturaleza, el objeto, la titularidad activa y pasiva, el contenido y los límites del derecho a la integridad personal.

Este derecho es definido por el autor como derecho de libertad y de protección, como derecho de libertad en la medida en que delimita un ámbito, la integridad física y moral, en el que el individuo puede

adoptar decisiones sin intromisión estatal, y derecho de protección, en la medida en que impone ciertas obligaciones a las autoridades públicas.

El bien jurídico protegido por el derecho se identifica con el cuerpo y la apariencia física, en lo que a la integridad física se refiere, y con la dignidad del sujeto, en lo relativo a la integridad moral, equiparada por el autor con la integridad psíquica.

La titularidad activa se reconoce sin problemas a nacionales y extranjeros, excluyéndose de ella a las personas jurídicas. Casos más complejos resultan ser los de los cadáveres, el nasciturus y los embriones. En los tres supuestos, el autor señala que el ordenamiento español otorga cierta protección, pero sin reconocer la existencia de un derecho fundamental a la integridad. En el análisis de la titularidad pasiva del derecho, el autor afronta la tarea de analizar no sólo los deberes negativos y positivos que el reconocimiento del derecho impone al Estado, sino también el deber de respeto impuesto a los particulares.

Finalmente, el análisis del contenido y de los límites del derecho, parte central de la obra, se realiza distinguiendo una serie de posiciones jurídicas individuales definitivas y relativas. Estas últimas, las únicas que pueden ser eventualmente limitadas, tal y como subraya el autor, pueden verse limitadas bien en supuestos en que se corrobora el consentimiento del titular, bien en supuestos en que éste falta. En este último caso, la restricción del derecho habrá de venir acompañada de una serie de cautelas, entre las que destacan, además de la previsión legal, el fin constitucionalmente legítimo, la resolución judicial y la proporcionalidad, la imposibilidad de coaccionar físicamente al sujeto para que éste se someta a la intervención y la prohibición de menoscabar la salud o la dignidad del mismo.

En conclusión, esta obra ofrece al lector un exhaustivo análisis de uno de los derechos olvidados de la

Constitución española, centrandó sus esfuerzos en la delimitación del contenido y los límites del derecho, así como en el tarea de deslindar el objeto de este derecho frente a los de otros derechos igualmente reconocidos por la Constitución española.

I. GALLEGO CÓRCOLES

(Prólogo de J.M. Alegre Ávila)

El derecho de reversión en la expropiación forzosa

[La Ley, Madrid, 2006, 828 páginas]

J.A. MORENO MOLINA

El derecho de reversión expropiatoria es un instituto que, por un lado, presenta un indudable atractivo desde el punto de vista dogmático, y por otro, tiene una notable relevancia práctica, habida cuenta de la considerable litigiosidad que plantea. No es por ello de extrañar el interés que ha despertado en la doctrina, acrecentado a partir de la reforma de la Ley de Expropiación Forzosa que efectuó la Ley de Ordenación de la Edificación en 1999. Este rico panorama doctrinal –son de referencia obligada las obras de PÉREZ MORENO, GIMENO FELLIÚ y GALÁN GALÁN– se ha visto sin duda completado por la monografía que reseñamos, que tiene su origen en la tesis doctoral de la autora.

En la obra se pueden distinguir tres partes claramente diferenciadas. La primera de ellas, o lo que es lo mismo, el primer capítulo, se dedica a una interesante introducción histórica, que arroja luz sobre las claves que han determinado las particularidades

que la regulación del derecho de reversión ha tenido en nuestro ordenamiento.

La segunda parte de la obra se ocupa de deslindar las cuestiones dogmáticas que rodean la figura de la reversión expropiatoria. Así, el segundo capítulo se dedica al estudio del fundamento jurídico de la reversión. En este sentido, la autora estudia con minuciosidad y rigor las distintas propuestas que han sido elaboradas por la doctrina, hasta concluir que la explicación dogmática del derecho de reversión se halla, tal y como afirmara en su día el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en la invalidez sobrevenida del acto de expropiación. En cualquier caso, resulta muy sugerente el intento de reconstrucción doctrinal de esta discutida figura que se realiza en la monografía. Por su parte, el tercer capítulo, no menos trascendente, aborda los aspectos constitucionales del derecho de reversión, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde la perspectiva competencial. Y en relación con la vinculación entre el derecho de reversión y el derecho de propiedad, la autora concluye que el derecho de reversión es un derecho de configuración legal.

Finalmente, la última parte de la obra tiene un contenido mucho más práctico. El capítulo cuarto se dedica a los supuestos de reversión y en el capítulo quinto se analiza una serie de cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho de reversión. En ambos capítulos se parte de la sistematización del amplio material jurisprudencial existente para formular propuestas de solución a los distintos problemas aplicativos que plantea el instituto, siempre desde la coherencia con la posición doctrinal que sobre el fundamento del derecho de reversión ha adoptado la autora.

En cualquier caso, se trata de una obra que destaca por su exhaustividad y rigor, y que constituye un nuevo referente en la materia.

M.Á. SENDÍN GARCÍA

(Prólogo de M. Domínguez-Berrueta de Juan)

La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea

[Ratio Legis, 1ª ed., Salamanca, 2005, 232 páginas]

J.M.A. MAGÁN PERALES

El objeto de esta monografía es analizar uno de los concretos aspectos que ha supuesto la libre circulación de trabajadores en un ámbito tradicionalmente vedado o, cuando menos, opaco a la contratación de no nacionales: el empleo en la Administración pública. La libre circulación de trabajadores, automáticamente transpuesta, llevaría a una libre circulación de empleados públicos, pero lo cierto es que el propio TCE introdujo una excepción, que es precisamente la que se analiza en esta obra, que bien se podría haber titulado por ello “la excepción a la libre circulación de trabajadores del artículo 39.4 del TCE”.

La exigencia de una determinada nacionalidad para el acceso al empleo público es quizá la condición más irrazonable y difícil de justificar, y sin embargo ha sido algo tradicionalmente contemplado en las leyes de los Estados miembros. Un posible fundamento se encuentra en la salvaguarda de los derechos de los nacionales, que de alguna manera viene a ser el corolario natural de la soberanía de la nación; otros motivos son la conexión con el Estado que tienen los nacionales, el deber de lealtad al mismo, evitar interferencias extranjeras o la protección del mercado de trabajo estatal. La creación de la Unión Europea hizo que en el artículo 39 TCE (antiguo artículo 48) se consagrara la libre circulación de trabajadores en toda la Unión, con la excepción —precisamente— de “los empleos en la Administración pública”. Ello obligó a realizar una interpretación de la excepción en sede comunitaria, cuyo

significado preciso es mucho más restringido que lo que parece indicar el tenor literal del artículo 39.4 TCE. Han sido los Estados miembros quienes se han mostrado más reticentes a la posibilidad de reconocer la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Administración. Sin embargo, no basta con la sola eliminación del requisito de la nacionalidad para que la libre circulación de empleados públicos sea efectiva.

En el Capítulo I el autor analiza la excepción del artículo 39.4 TCE. Como el TJCE ha precisado, el concepto de trabajador es un concepto comunitario; la interpretación que cabe sostener del artículo 39.4 no supone que los empleos públicos sean un ámbito totalmente exento a la libre circulación de trabajadores. Los empleados del sector público también son “trabajadores”, y como tales se les puede aplicar el derecho a la libre circulación. De hecho, todo el empleo público está abierto a libre circulación, y lo que regula el artículo 39.4 TCE es una mera posibilidad de excluir los puestos en los que concurren unas determinadas características. Sin embargo, precisar el ámbito de aplicación de la excepción es algo más problemático. Ha sido el TJCE, como en tantos otros ámbitos, el que de forma casuística ha ido precisando la interpretación a través de su jurisprudencia, imponiendo como noción de “empleo en la Administración pública” un concepto comunitario de carácter funcional. Si ya la definición de “Administración pública” es enormemente difícil en cada uno de los Estados, se comprende la dificultad de definir qué son los “empleos en la Administración pública”. Estamos ante un concepto en continua mutación, en el que ha acabado prevaleciendo la tesis funcional para definirlo: ello supone que no se hace referencia a la naturaleza de la actividad, sino que se analiza si el puesto de trabajo depende o no de un sujeto que pueda considerarse Administración pública. Una noción funcional impide acudir a criterios formales, que podrían ser fácilmente manipulados por los Estados, a los que bastaría un simple cambio en la calificación jurídica para defraudar la norma comunitaria, como ha señalado el TJCE en las Sentencias de 30 de septiembre de 2003, Anker y Colegio de Oficiales. Esto no quiere

decir que sea la Comunidad la competente para delimitar el ámbito del empleo público; los competentes siguen siendo los Estados, pero si deciden aplicar la excepción del artículo 39.4, la verificación de las exigencias del Derecho comunitario sí que podrá ser controlada por el TJCE. Y aunque en ocasiones el TJCE ha utilizado el doble enfoque funcional/institucional para definir el concepto (STJCE de 31 de mayo de 2001, As. C-283/99, Comisión/Italia y STJCE de 29 de octubre de 1998, As. C-114/97, Comisión/España), la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de reconocer que en determinados casos puede operar la exención aunque se trate de puestos en los que el empleador es un sujeto privado. El “ejercicio de poder público” ha sido el criterio finalmente adoptado, aunque como el autor advierte no es el único posible. Constatado que en un puesto se produce ejercicio de poder público, y que por tanto en él se manifiesta la soberanía del Estado, parece exigible para excluirlo de la libre circulación de trabajadores que se demuestre que al desarrollar dicha labor un no nacional se daría un potencial peligro para los intereses del Estado. Sin embargo, ser ciudadano europeo implica que ya no se es en sentido estricto un extranjero, y que por tanto la línea de protección de la soberanía estatal se ha reducido, y debe seguir siendo objeto de una progresiva eliminación. A esto SENDÍN GARCÍA lo llama —muy acertadamente— interpretación evolutiva, pues cuanto mayor sea el proceso de integración europea, más restrictivo debe ser este requisito. A ello añadimos nosotros el argumento de la existencia de una ciudadanía europea consagrada en el artículo 17 del TCE.

En el Capítulo II se analizan los requisitos para el uso de la excepción del artículo 39.4 TCE. El autor realiza un examen detallado de los criterios en los que se apoya la noción comunitaria de “empleo en la Administración pública”. Para ello se repasan conceptos muy conocidos en la teoría del Derecho administrativo, pero que es preciso traer a colación, como es la noción de poder público. Así, en primer lugar, por “funciones públicas” debemos entender aquellas actuaciones que implican el ejercicio de autoridad o poder público, y por ello se encuentran especialmente

vinculadas a la soberanía estatal, lo que las convierte en actividades esenciales e irrenunciables para el Estado. Por su parte, la definición de “poder público” en el Derecho comunitario es tan imprecisa como lo ha sido en los Derechos nacionales. Debemos rendirnos y admitir que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que tan sólo puede ser objeto de control en el supuesto concreto.

Otra reflexión interesante es la relación entre la excepción del artículo 39.4 TCE y la contenida en el artículo 45, donde se establece la no aplicación de las disposiciones del TCE a aquellas actividades “relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio de poder público”. Estamos también ante una reserva de soberanía, que igualmente ha sido objeto de interpretación restrictiva por parte del TJCE: lo excluido es sólo la concreta actividad, y no el conjunto de la profesión. A ello se ha añadido un conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales casuísticos que han considerado la existencia de ejercicio de poder público, por ejemplo, que no existe dicho ejercicio de poder público en las meras actividades que implican el manejo de datos confidenciales. (STJCE de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica.) De la jurisprudencia del TJCE se puede inferir que el Derecho comunitario incluye dentro del “poder público” las actividades no económicas, no susceptibles de ser desarrolladas en persecución de un fin empresarial. La noción de “poder público” es, pues, más restringida que la actividad realizada en persecución de un interés público. El TJCE ha declarado expresamente excluidos del ámbito de la excepción los siguientes sectores: investigación; salud; transportes terrestres; correo; servicios de distribución de agua, gas y electricidad; enseñanza; transportes marítimos y aéreos; telecomunicaciones y radiotelevisión; música y lírica, y las actividades de seguridad privada (STJCE de 9 de septiembre de 2003, “Burbaud”, As. C285/01).

En el Capítulo III el autor lleva a cabo la delimitación del contenido del derecho de acceso, delimitando qué facultades concretas se otorgan a los ciudadanos de otros Estados miembros en aquellos ámbitos

donde no rige la excepción del artículo 39.4 TCE, así como las limitaciones que pueden sufrir estos ciudadanos en aquellos sectores donde sí juega dicha excepción. El principio de no discriminación del artículo 12 TCE prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad. No cabe un trato discriminatorio al trabajador no nacional una vez que éste ha accedido al empleo público. El TJCE ha proseguido su implacable labor interpretativa: el reconocimiento mutuo de titulaciones también es aplicable al sector público. Así, no se considera discriminatoria una política de protección de la lengua vernácula, sin que se pueda exigir que los conocimientos lingüísticos se adquieran en el territorio nacional ni que se acrediten a través de un diploma determinado (STJCE de 6 de junio de 2000, Angonese, As. C-281/98). También constituye una discriminación no computar los años de servicio prestados en otro Estado (SSTJCE de 12 de marzo de 1998, Comisión/Grecia y de 30 de noviembre de 2000, “Österreichischer Gewerkschaftsbund”).

Lo más importante de este Capítulo es el estudio del tratamiento que de la excepción ha dado el Derecho español. En esta materia no existe incompatibilidad directa entre el Ordenamiento comunitario y el artículo 23.2 CE. Si descendemos a la legislación ordinaria, hay que establecer dos grandes bloques: los funcionarios y los laborales. Para los funcionarios, el artículo 33.1 de la Ley de 1964 establece entre los requisitos para acceder a la función pública el “ser español”. Este precepto se mantuvo en vigor tras la aprobación de la Ley 30/1984, si bien hay que entenderlo derogado respecto de los nacionales de los demás Estados miembros. Por su parte, para los laborales, no se exige el requisito de la nacionalidad española tal y como establece el artículo 10.2 de la muy modificada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero la adaptación al derecho español del derecho de acceso de nacionales de otros Estados miembros se produjo con la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, la cual fue objeto de una importante reforma en 1999, desarrollada por el Real Decreto 543/2001, de 18

de mayo. La Ley de 1993, en su redacción original, enumeró una serie de sectores en los que el acceso a los no nacionales estaba permitido, que coincidían con los sectores en los que la jurisprudencia del TJCE había decretado la aplicación de la libre circulación de trabajadores (investigación, docencia, correos y sanidad). Tras la reforma de 1999, la Ley ha adoptado una redacción más acorde con el Derecho comunitario, que consagra como regla general el acceso, y contempla la reserva a los no nacionales, limitada a empleos públicos “que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguardia de intereses esenciales del estado o de las Administraciones Públicas”. Por su parte, el Reglamento de 2001 recoge en su Anexo un conjunto de Cuerpos y Escalas en los que se requiere en todo caso la posesión de la nacionalidad española.

Los Capítulos IV y V tienen un carácter complementario. Se trata de dos reflexiones sobre la repercusión que la noción de empleo público en la Administración pública tiene sobre la configuración de la función pública en los Estados miembros y, la incidencia que la excepción que nos ocupa produce respecto al concepto de Administración pública. Concretamente el Capítulo IV habría que leerlo en primer lugar para comprender mejor el resto de la monografía. Como ya dijimos, el TCE habla de “empleos en el sector público”, mientras que Estados como el español, tributarios de un sistema de carrera, siguen diferenciando entre funcionarios y laborales. Lo cierto es que se trata de unas diferencias que han sido ampliamente tratadas ya por la doctrina, y respecto a las cuales el Derecho comunitario nada dice. Como es sabido, la jurisprudencia del TJCE considera al funcionario un trabajador por cuenta ajena, y el concepto comunitario de trabajador se define por criterios objetivos. Los conceptos de “función pública” y “empleo en la administración pública”, no son equiparables a ningún efecto. Se ha criticado que la interpretación derivada de la excepción del artículo 39.4 TCE supone la opción por un sistema de función pública de carácter abierto, lo cual en parte es cierto. Según el autor ello

es intrascendente por cuanto la CE no consagra modelo alguno —opinión que no comparto—.

En el Capítulo V el autor deja para el final una tarea que nos parece titánica: intentar dar una definición de Administración pública. SENDÍN reconoce que el Derecho comunitario no cuenta propiamente con una noción de Administración pública. Y no parece que sirva de mucho intentar extraerla del artículo 39.4 TCE, ya que el objeto del mismo no es dar un concepto comunitario de Administración pública, sino simplemente fijar el ámbito de una excepción. Además, el Ordenamiento comunitario no da a esta noción un concepto unívoco, sino que la utiliza con carácter contingente, dándole un contenido diferente dependiendo de la materia de la que se trate. Un factor que impide la definición es la utilización de una concepción material de Administración pública, que se aplica atendiendo a la naturaleza de la actividad, con independencia de la naturaleza del sujeto.

Si por algo resulta recomendable esta obra es por el corpus de pronunciamientos del TJCE que la misma maneja. Lo único que quizá se echa en falta es una referencia, aunque sea mínima a los datos que corroboren la aplicación del sistema en la práctica, aludiendo, por ejemplo, al número de trabajadores comunitarios que hay en las Administraciones públicas de otros Estados miembros o al menos en la Administración español-

la, aunque ya aventuramos que serán muy pocos, y en sectores muy concretos (traductores, intérpretes). Como el propio autor señala, las barreras idiomáticas siguen siendo muy considerables. La reciente ampliación al Este de la UE, con 27 miembros, y 23 lenguas oficiales dan idea de la *torre de babel* en la que se ha convertido la Unión. Con todo, son conocidos los casos de profesionales del ámbito sanitario reclamados por otros Estados y donde sí se está dando una circulación de empleados públicos en el seno de la Unión. Nos parece escasa la referencia a la Ley española de 1993, así como un índice listado final de Sentencias del TJCE, ordenadas cronológicamente, que nos permitiera consultar todo el corpus de jurisprudencia tan hábilmente manejado por el autor. Tampoco hubiera estado de más hacer una referencia al sistema elegido por la propia Comunidad Europea para sus funcionarios, basado en el longevo Reglamento comunitario 1612/68, de 29 de febrero, que precisamente fue objeto de una profunda reforma en 2004 a través del Reglamento (CE) 723/2004, de 22 de marzo. Con todo, estamos ante una monografía que resultaba necesaria, pues el tema no había sido tratado de manera tan profunda por la doctrina, y el cual está llamado a seguir evolucionando en un futuro próximo, pues como el propio autor concluye, “a medida que se vayan desarrollando objetivos tan importantes para la nueva Europa, será necesario ir superando a su vez las limitaciones que impone la excepción de empleo público”.

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.

