



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirrezkuenaga 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 DE VALLADOLID. **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 2006

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] La Administración Pública y las reglas de la “externalización”

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

[29] Riesgos e incidencias en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[53] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

[85] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:  
PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

[105] III. DERECHOS FUNDAMENTALES  
Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

[129] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

[161] VI. ORGANIZACIÓN

ADMINISTRATIVA  
M. SÁNCHEZ MORÓN

[169] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

[187] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

E. LÓPEZ MENUDO

[199] IX. RESPONSABILIDAD  
ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

[215] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[229] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[235] XII. BIENES PÚBLICOS Y  
PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

[251] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

[267] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO  
ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

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

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[297] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[315] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# La Administración Pública y las reglas de la “externalización”\*

**GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES**

Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Complutense  
de Madrid

## Resumen

### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS REGLAS DE LA “EXTERNALIZACIÓN”

*Las nuevas realidades cotidianas requieren una rápida evolución del funcionamiento de las Administraciones Públicas las cuales a menudo se ven desbordadas por el ingente volumen de tareas que tienen que afrontar. Es en este punto donde irrumpe el fenómeno denominado “externalización de servicios públicos” como posible solución a los problemas con los que se enfrentan nuestros organismos oficiales al*

*implicar la transferencia de una actividad ejercida directamente por la propia Administración a una organización especializada mediante un proceso competitivo formalizado por acuerdo. El presente trabajo estudia este fenómeno centrándose en la “externalización” desde un punto de vista estricto, es decir, en lo relativo a la encomienda de la realización y prestación de los servicios en cuestión a la iniciativa privada.*

## Abstract

### THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE RULES OF THE “EXTERNALIZATION”

*The new daily realities urge a quick evolution of the working of the Public Administrations, which are often overflowed by the enormous volume of tasks that they must face up to. It is in this point where the phenomenon named*

*“externalization of public services” burst into as a possible solution to the problems to which face our official organizations because it implies the transfer of an activity directly practiced by the Administration to a specialized*

\* El presente trabajo corresponde a la conferencia pronunciada en el XVI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova los días 25 a 27 de mayo de 2006, y ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Instrumentos de la Administración para su actuación en la economía” que dirige el profesor Manuel REBOLLO PUIG, MEC SEJ 2004-03791. 1. Consideraciones previas de carácter general.

*organization by means of a competitive contest formalized by agreement. The present work studies this phenomenon focusing on the "externalization" from a proper point*

*of view, that is to say, in relation with the commendation to the private enterprise of the realization and contribution to the services.*

## Sumario:

**1. Consideraciones previas de carácter general. 2. Algunas precisiones sobre el significado y alcance de la expresión "externalización de servicios" referida al ámbito de la Administración Pública. 3. Sobre las causas determinantes de la tendencia creciente a la externalización de los servicios públicos y administrativos. A) Servicios económicos. B) Servicios sociales. C) Servicios administrativos. 4. Los límites a la externalización. A) La regla de la acreditación de la insuficiencia de medios en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios. B) La regla de la prohibición de gestión indirecta de los servicios que impliquen ejercicio de potestades administrativas. 5. Reflexión final.**

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS DE CARÁCTER GENERAL

En las dos últimas décadas, de la mano de los planteamientos modernizadores de la Administración y del sector público en general, alineados en lo que se ha dado en llamar "Nueva Gestión Pública"<sup>1</sup>, ha ido adquiriendo carta de naturaleza la expresión "externalización" de las actividades y servicios administrativos.

La reconsideración de la tradicional estructura organizativa y funcional de las Administraciones Públicas, a fin de reajustarla desde criterios y técnicas más propias de la gestión empresarial, explica la pretensión de incorporar el criterio de la externalización de actividades y servicios a las tradicionales formas de gestión para la mayor eficacia y eficiencia de las organizaciones públicas. De este modo, aunque no juridificado como tal –al menos en el ordenamiento jurídico español–, el término externalización referido al ámbito de

(1) *New Public Management (NPM)*, que comprende muy diversas actuaciones, desde la separación de la producción y provisión de servicios para mejorar la eficiencia, mediante la creación de unidades independientes de gestión y a través de distintos tipos de contratos y otras técnicas, como las delegaciones externas al sector público, a la profesionalización de la gestión pública; desde la introducción de competencia en el sector público a la reducción del déficit presupuestario; desde la búsqueda de nuevas formas de gestión al establecimiento de una cultura distinta de los servicios públicos y administrativos, etc. Nuevos planteamientos, por tanto, en los que ha influido decisivamente la obra de D. OSBORNE y T. GALBLER, *Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Addison-Wesley, 1992, así como las propuestas de reformas administrativas en EEUU, concretadas sobre todo en el informe Gore de 7 de septiembre de 1993, durante el mandato del presidente Clinton.

la Administración Pública ha comenzado a ser utilizado por la doctrina administrativista<sup>2</sup> y también por la jurisdicción contencioso-administrativa, siquiera sea en este caso como reflejo de las nuevas tendencias organizativas<sup>3</sup>.

En la externalización de las actividades y servicios que prestan las Administraciones Públicas parece depositarse la confianza en encontrar una alternativa a los clásicos modos de acción de una Administración burocrática, incapaz definitivamente de cumplir con eficacia los fines que la justifican. La externalización, junto a la aplicación de otras técnicas del *management*, se presenta así como una posible solución a los problemas a los que se enfrentan nuestras Administraciones Públicas, necesitadas de acomodarse a una nueva sociedad, bien distinta de aquélla en la que se conformaron y consolidaron.

Ahora bien, desde la consideración de los instrumentos jurídicos organizativos y funcionales del Derecho Administrativo construido básicamente a lo largo del siglo XIX y que, en lo esencial, han llegado hasta la actualidad, ¿qué hay verdaderamente de nuevo en estos planteamientos y propuestas de los teóricos de la organización y de la ciencia de la Administración? ¿Qué novedades y soluciones técnicas se esconden tras el término externalización de los servicios administrativos y públicos? ¿Estamos ante un nuevo concepto jurídico o, al menos, ante una nueva técnica organizativa y funcional con perfiles

**LA EXTERNALIZACIÓN SE  
PRESENTA COMO POSIBLE  
SOLUCIÓN  
DE LOS PROBLEMAS  
A LOS QUE SE  
ENFRENTAN NUESTRAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS, NECESITADAS  
DE ACOMODARSE  
A UNA NUEVA SOCIEDAD**

(2) Por ejemplo, E. MALARET I GARCIA afirma: “La teoría de (...) las *externalidades*, de los fallos del mercado así como también de la distinta aproximación a la crisis del Estado proporcionan muchos elementos de reflexión y de análisis y sugieren algunas líneas de reconstrucción para establecer unas bases renovadas sobre las que fundamentar la construcción de los fundamentos de la intervención pública de tipo regulativo pero también prestacional” [vid. “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?”, en *REAL*, núm. 291, 2003, pág. 579]. No obstante, por ahora es en el ámbito de la ciencia de la Administración y de la teoría de la organización donde el término externalización ha comenzado a ser utilizado con profusión: vid., por ejemplo, J. JORDANA y otros, *Un model d’Administració Pública per al segle XXI*, Documento de trabajo del Departamento de Ciencias Políticas, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1999; J. MAS SABATÉ, *Gestión privada de servicios públicos: la externalización (outsourcing) en la Administración Pública*, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Santo Domingo, Rep. Dominicana, octubre 2000; I. FAINÉ y R. FORNESA, “Gestión privada del servicio público”, *Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras*, Barcelona, 2000; V. PINA y L. TORRES, “La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras”, *AECA*, Madrid, 2003; vol. col. “La externalización y el sector público”, *AESMIDE*, Madrid, 2003; vol. col. (dir. E. FERNÁNDEZ-MIRANDA), *Externalización de la gestión y la financiación del sector público en España*, LID Edt., Madrid, 2005.

(3) Baste con las siguientes referencias: STSJ de Cantabria, Sala CA, 682/2004, de 8 de octubre, en relación con la “externalización” del servicio de lavandería en el Hospital Universitario “Marqués de Valdecilla”; STSJ de Cataluña, Sala CA, 296/2005, de 11 de abril, con ocasión de determinar si los recaudadores de tributos locales desarrollan actividades comerciales o industriales que permitan adscribirlos a las Cámaras de Comercio y, por tanto, si se trata de una “externalización” de la prestación de servicios de empresa que debe quedar sujeta al pago del recurso cameral permanente; SAN, Sala CA, de 8 de junio de 2005, en relación con la modificación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, por la Ley Orgánica 15/1999, ampliando el régimen sancionador a los encargados de los tratamientos informáticos de los ficheros, a fin de adaptarse a la Directiva 95/46/CE que tiene como objetivo dar respuesta legal al fenómeno, cada vez más frecuente, de la llamada “externalización” de los servicios informáticos; STSJ de Navarra, Sala CA, 870/2005, de 13 de septiembre, a propósito de unos “concertos de externalización” del Instituto Navarro de Bienestar Social dada su incidencia en la reducción del empleo público, etc. También en la jurisprudencia constitucional aparece el término “externalización”: STC 112/2004, de 12 de julio, con ocasión de dilucidar la legitimación de un sindicato para impugnar la decisión administrativa de externalizar los servicios de informática en la Tesorería General de la Seguridad Social.

propios y específicos? ¿Realmente estamos ante un hallazgo, desconocido en el arsenal técnico-jurídico de que disponemos, o más bien se trata de una modernidad semántica para referir algo perfectamente conocido para los juristas? ¿Cuál es, en fin, el significado y alcance de la externalización como respuesta y solución a los problemas de la Administración?

## 2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS” REFERIDA AL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como punto de partida de estas reflexiones, debe advertirse que, con arreglo a la teoría de la organización de la empresa, la “externalización”<sup>4</sup> (*outsourcing*), en su significado más usual, tiene por objetivo la reducción de costes de la empresa o, más exactamente, la conversión de ciertos costes fijos en variables mediante la encomienda de la gestión de determinadas actividades a otras empresas y entidades especializadas. Con ello se aspira a que la empresa asigne los recursos de forma más eficiente, pudiendo dedicarse a sus actividades centrales que son realmente las que crean valor.

Pues bien, aplicada al ámbito de las Administraciones Públicas, la externalización no pasa de ser sino un criterio genérico de organización y funcionamiento que remite a muy diversas formas y técnicas instrumentales para hacerla efectiva. No otra cosa resulta de descripciones como la siguiente: “En definitiva, la externalización de servicios públicos consiste en la transferencia de una actividad que, o bien ha venido realizando directamente la Administración Pública, o bien considera necesario realizarla a partir de un momento dado, a una organización especializada, mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo. El proceso competitivo implica la existencia de un concurso público en el que hayan diferentes operadores dispuestos a concurrir en la prestación del servicio. Conceptualmente, la externalización se apoya en el principio de privatización y fomento de la competitividad mediante el recurso a los procesos públicos de contratación, con el fin de delegar aquellas actividades que puedan ser desarrolladas por el sector privado. No obstante, este proceso de delegación no exime a la Administración Pública de la responsabilidad ante los usuarios del servicio”<sup>5</sup>.

Descrita de esta manera, la externalización nos sitúa ante una realidad para nada desconocida por los administrativistas. Una realidad, de todas formas, que engloba muy diferen-

(4) El neologismo “externalización” no figura en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En todo caso, el adjetivo externo, del que, en su caso, derivaría el verbo externalizar y el sustantivo externalización, tiene la siguiente acepción: “dícese de lo que obra o se manifiesta al exterior, y en comparación o contraposición con lo interno”. En todo caso, parece que es más propio el término “tercería”, de donde se han derivado los vocablos “tercerización” o “tercialización”, que con alguna mayor frecuencia se utilizan en Hispanoamérica para referirse a la externalización.

(5) Vid. J.A. PELÁEZ y D. DE LA CUERDA, “Externalización de la gestión y los servicios del sector público”, en vol. col. *Externalización de la gestión, ...*, op. cit., pág. 22. Como ha recordado con expresión muy gráfica C. VALDERAS ALVARADO, “La externalización y el sector público”, en vol. col. *La externalización y el sector público*, op. cit., pág. 77, la externalización no es otra cosa que la encomienda a un tercero de la realización de aquellas actividades de la empresa que no forman parte de su *core business*.

## La Administración Pública y la “externalización”

tes supuestos, máxime si se acoge una visión amplia del fenómeno. Así sucede cuando se admite que la responsabilidad de prestar el servicio externalizado también puede recaer en entidades instrumentales de la Administración, que no son sino consecuencia del desgajamiento de unidades organizativas propias en unidades externas o simple resultado de la creación de nuevos entes dotados de personificación separada e independiente de la Administración matriz<sup>6</sup>. Sin embargo, cuando se defiende que las reglas de la contratación pública no deben ser de aplicación en estos casos, por cuanto esos entes instrumentales son medios propios de la Administración territorial que los crea<sup>7</sup>, difícilmente puede mantenerse que estemos ante una práctica externalizadora<sup>8</sup>.

Así pues, a fin de no mezclar cuestiones que, aun guardando relación, resultan en exceso heterogéneas, parece oportuno dejar ahora al margen esta cuestión de los entes instrumentales como medios propios de las Administraciones territoriales de las que dependen y la problemática de los contratos *in house*, para centrar la atención en la externalización entendida en un sentido estricto, es decir, en la encomienda a la iniciativa privada de la realización y prestación de determinados servicios responsabilidad de la Administración.

Como ya he anticipado, la externalización concebida en estos términos no supone sustancialmente nada nuevo si tenemos en cuenta, de una parte, la tradicional configuración jurídica de los servicios públicos prestados a los ciudadanos. Esa externalización nos sitúa, en efecto, ante la gestión de los servicios públicos, consistente en encomendar la realización de las correspondientes actividades prestacionales a terceros ajenos al aparato organizativo propio de las Administraciones Públicas. Y, como es bien notorio, la forma de llevar a cabo esa gestión se puede articular a través de diversas técnicas e instrumentos, fundamentalmente de carácter contractual. Por tanto, la novedad que aparentemente representa la externalización, como se ve, no es tal<sup>9</sup>. Reconducir a un nuevo término el conjunto de técnicas para la gestión indirecta de los servicios públicos (desde la conce-

(6) No otro es el caso de las sociedades mercantiles de titularidad pública, o el más reciente descubrimiento de las fundaciones privadas de iniciativa pública o fundaciones del sector público, sin olvidar los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales o las nuevas agencias, a punto de contar ya con una específica ley reguladora. Los estudios sobre los entes instrumentales han proliferado en los últimos años. Yo mismo reflexioné sobre esta cuestión, formulando algunas propuestas de reforma, en mi trabajo “Administraciones instrumentales”, en vol. col. (dir. F. SAINZ MORENO), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, págs. 341 y ss.

(7) Vid., por ejemplo, F. SOSA WAGNER, “El empleo de los recursos propios por las Administraciones locales”, en vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1309 y ss.

(8) Sobre los denominados servicios *in house providing*, por los que una Administración encarga la prestación a un ente instrumental sin aplicar la legislación contractual y las limitaciones que al respecto impone el Derecho Comunitario, vid. el reciente comentario de J.M. GIMENO FELIU, “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en *Informe Comunidades Autónomas 2005* (dir. J. TORNOS MAS), Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, págs. 838 y ss.

(9) Notables son los ejemplos sobre todo en el ámbito de los servicios públicos locales. En V. PINA y L. TORRES, *La iniciativa privada en el sector público...*, op. cit., se relatan algunas experiencias “externalizadoras en el ámbito de los servicios públicos locales que ponen claramente de manifiesto cómo la externalización no se sirve sino de las clásicas formas de gestión indirecta de los servicios, a través, pues, de los contratos de gestión de servicios públicos (concesión, arrendamiento, concierto, etc.) y algunas otras fórmulas contractuales o cuasi-contractuales (convenios colaboración, consorcios, etc.) Incluso, la externalización se sirve instrumentalmente de otras técnicas, como la subvención, que aparece así como una forma más de gestión externalizada (sobre todo en el caso de subvenciones a entidades del llamado tercer sector no lucrativo), con lo que se evita que las actividades que desarrollan se “publifiquen” en el sentido de ser asumidas orgánica y funcionalmente por las Administraciones Públicas subvencionadoras. Una manifestación esta que enlaza con el viejo planteamiento de la subvención como un modo gestor de servicios públicos que en la doctrina española formulara F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Edt. Aguilar, Madrid, 1960, y que tuve la ocasión de analizar con cierto detalle en mi libro *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, págs. 64 y ss.

sión al concierto, desde la gestión interesada al arrendamiento de servicios o a la empresa mixta) nada nuevo añade a una cuestión tan clásica como ampliamente estudiada por los administrativistas. En definitiva, calificar ahora a todos estos supuestos de una manera genérica como técnicas de externalización no presenta mayor trascendencia, ni mayor significado jurídico.

Por otro lado, algo parecido cabe decir desde el punto de vista de las técnicas jurídicas necesarias para la externalización cuando ésta se plantea en el ámbito interno de la organización de la Administración, es decir, en relación con los servicios administrativos propiamente dichos. Porque tampoco el fenómeno en sí mismo es desconocido y desde luego se dispone de instrumentos suficientes para hacerla efectiva. El contrato administrativo de consultoría y asistencia, o el contrato de servicios —sin perjuicio de los correlativos contratos civiles— son ejemplos, entre otros —también el contrato administrativo de suministros—, que lo confirman plenamente.

En suma, la práctica de la externalización en el ámbito de la Administración Pública no es algo conceptualmente desconocido para el Derecho Administrativo, al menos en lo que atañe a los mecanismos jurídicos precisos para hacerla efectiva. Pero, siendo esto así, ¿qué justifica entonces el que debamos ocuparnos de cuestión semejante?

### **3. SOBRE LAS CAUSAS DETERMINANTES DE LA TENDENCIA CRECIENTE A LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y ADMINISTRATIVOS**

Acabamos de ver que la intervención de los particulares en la gestión de determinadas actividades administrativas es una posibilidad admitida por el ordenamiento jurídico. Más aun: el fenómeno del ejercicio privado, o por particulares, de funciones públicas no es sustancialmente algo nuevo, ni reciente, en el funcionamiento y desarrollo de las actividades propias de las Administraciones Públicas. Baste recordar, máxime en este foro, el completo y exhaustivo estudio de Zanobini sobre esta cuestión con el título bien significativo de “El ejercicio privado de las funciones y de los servicios públicos”, entendiendo por “ejercicio privado de funciones y servicios públicos” cualesquiera formas de actividad privada mediante las cuales se hacen efectivos fines que son propios de los Entes Públicos o, más general, del propio Estado<sup>10</sup>. Como es notorio, en ese estudio, el maestro italiano categorizó los muy diversos supuestos en los que simples particulares llevan a cabo actuaciones que satisfacen intereses públicos, diferenciando esas actividades de las que se encomiendan a los órganos y funcionarios públicos, y destacando la no excepcionalidad de tales formas privadas en la persecución y materialización de las exigencias dimanantes de los fines públicos asignados por la ley a la Administración a través de diversos ejemplos procedentes de los distintos ordenamientos jurídicos.

(10) Vid. “L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici”, en *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da V.E. ORLANDO, vol. II, parte 3ª, así como el trabajo posterior “L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici”, en *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1955, págs. 87 y ss.

Fenómeno, pues, el de la presencia privada en la actividad administrativa propiamente dicha que hunde sus raíces en el pasado pero que, sin embargo, en la actualidad está experimentando un fuerte auge de la mano de los planteamientos privatizadores puestos en práctica<sup>11</sup>. Por todo ello, el problema central que suscita la creciente tendencia a la externalización de los servicios públicos y de la propia gestión administrativa radica no tanto en el hecho de que se pueda recurrir a la misma, sino en la extensión y grado de intensidad que pueda alcanzar dicha práctica. Es en relación con este particular extremo donde se están produciendo cambios importantes y donde radica en realidad el meollo del problema.

En todo caso, antes de abordar esta cuestión, conviene tener en cuenta que ese auge de la práctica externalizadora que se observa en la Administración Pública española responde a diversas causas según se trate de unos u otros servicios. Algunas de esas causas son las siguientes.

### A) Servicios económicos

En lo que atañe a los servicios públicos económicos<sup>12</sup>, la gestión directa de los mismos aparece cada vez más ceñida a aquellos supuestos en los que resulta inviable su gestión indirecta o externalizada, dando entrada con ello a un criterio de subsidiariedad de la acción pública directa. La tendencia, en efecto, es la de negar o restringir la libertad de la Administración en el ejercicio de la potestad organizatoria para adoptar la forma de gestión directa, ya que cuando así lo pretenda deberá justificarlo en la imposibilidad o inconveniencia de proceder a la gestión indirecta.

**EL AUGE DE LA PRÁCTICA  
EXTERNALIZADORA  
QUE SE OBSERVA EN  
LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA ESPAÑOLA  
RESPONDE A DIVERSAS  
CAUSAS SEGÚN  
SE TRATE DE UNOS  
U OTROS SERVICIOS**

(11) Entre las múltiples perspectivas con que se presenta el fenómeno de la privatización, la gestión por particulares de determinadas parcelas de la actividad administrativa ha adquirido una destacada importancia, tal como ha señalado, entre otros muchos, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en RAP, núm. 144, 1997, págs. 7 y ss.

(12) En el libro de V. PINA y L. TORRES, *La iniciativa...*, págs. 16 y ss., se aportan algunos datos de interés sobre los modos o formas de gestión de los servicios en algunos Ayuntamientos de la Unión Europea. Los datos, referidos a 2002, ponen de manifiesto que, por ejemplo, en la ciudad de Génova, de un total de 46 servicios, 31 son prestados exclusivamente por el Ayuntamiento y 15 son servicios descentralizados o externalizados, lo que representa un porcentaje del 33% (no obstante, debe advertirse que en el grupo de servicios descentralizados o externalizados se incluyen muy diversos supuestos heterogéneos: desde la prestación a través de organismos autónomos, sociedades municipales o consorcios, a la gestión por medio de concesionarios o, incluso, a través de entidades no lucrativas). En cuanto a los Ayuntamientos españoles, se señala que, entre municipios de 15.000 a 20.000 habitantes, predomina la gestión por la propia entidad local, situándose alrededor del 33% los modos descentralizados de gestión, siendo la fórmula concesional la de más frecuente utilización (para abastecimiento y saneamiento de aguas, limpieza viaria y tratamiento y recogida de basuras), así como la consorcial para el servicio de bomberos y protección civil. El grado de descentralización aumenta en los municipios entre 100.000 y 500.000 habitantes, pero decrece notablemente en los superiores a 500.000 habitantes. En Madrid, por ejemplo, el 80% de los servicios se prestan directamente por la Corporación.

El referido criterio se refleja nítidamente en la propia legislación sectorial de algunos servicios públicos, como es el caso, por ejemplo, del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera. El artículo 71.1 de la vigente Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, dispone, en concreto, que la prestación del servicio se realizará, como regla general, por la empresa a la que se atribuya la correspondiente concesión administrativa, configurándose ésta como la forma preferente de gestión. De ahí que la prestación directa por la Administración titular del servicio sea excepcional, ya que únicamente procederá “cuando la gestión indirecta resulte inadecuada al carácter o naturaleza del mismo, sea incapaz de satisfacer los objetivos económicos o sociales que se pretendan conseguir, o venga reclamada por motivos de interés público concreto o de carácter económico-social”. Así pues, aunque el margen de apreciación y, por tanto, de decisión de que dispone la Administración no es escaso a fin de justificar y optar por la gestión directa<sup>13</sup>, lo cierto es que encuentra un límite jurídico que, incluso, podría ser mucho más operativo y eficaz si el presupuesto legal habilitante se acotase y precisase algo más<sup>14</sup>.

Pues bien, la razón fundamental que justifica esa restricción de la libertad organizativa de la Administración es clara. Sin perjuicio de que la gestión indirecta pueda resultar más eficiente y eficaz en orden a la prestación del servicio<sup>15</sup>, lo que sobre todo empuja a dar esa preferencia a la gestión indirecta o externalización del servicio es que de esa forma se posibilita una cierta competencia aun en el caso de que el servicio público correspondiente se configure con arreglo al criterio de los derechos exclusivos. El contrato administrativo de gestión de servicio público permite, en efecto, la competencia por el acceso al mercado y atempera, por tanto, las consecuencias resultantes del monopolio de gestión del servicio<sup>16</sup>.

(13) Eso explica el marcado contraste entre los servicios de transporte urbano, de competencia municipal, y los servicios de transporte interurbano, de competencia estatal o autonómica en función de su ámbito de prestación nacional o intraautonómico. Y es que en los primeros se mantiene en un número significativo de casos la gestión directa a través de empresas de titularidad municipal (sobre todo, en las grandes poblaciones), mientras que en los segundos esa gestión directa es prácticamente inexistente. Desde luego, en las líneas nacionales, tras la privatización en 1991 de la empresa pública ENATCAR, la gestión de los servicios recae en su integridad en empresas privadas concesionarias.

(14) He analizado esta cuestión en mi trabajo “Transportes por carretera y competencia”, en vol. col. *Transportes y Competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 481 y ss.

(15) Dejo ahora al margen el viejo dogma liberal de la incapacidad empresarial de la Administración, una vez superado tras los movimientos municipalizadores y nacionalizadores producidos a lo largo del siglo XX, los cuales, como señalara hace ya cincuenta años E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La actividad industrial y mercantil de los Municipios”, en *RAP*, núm. 17, 1955, págs. 87 y ss., determinaron la desvinculación de la competencia y titularidad pública de los servicios y actividades de las formas de gestión de los mismos, correspondiendo a la Administración titular decidir discrecionalmente sobre su organización. Lo que sucede es que en la actualidad esa discrecionalidad resultante de la potestad autoorganizatoria se encuentra ampliamente cuestionada como consecuencia de la política de defensa de la competencia, impulsada sobre todo por las autoridades comunitarias.

(16) La quiebra de la competencia en el mercado como consecuencia del otorgamiento de derechos exclusivos, queda de esa forma atenuada con la competencia que se posibilita en el acceso al mercado, al arbitrase procedimientos concursales para la adjudicación de los correspondientes títulos administrativos habilitantes.

### B) Servicios sociales

Distinto es en parte el caso de los servicios públicos sociales (educación, sanidad, asistencia social), en los que no rige sin más esa lógica económica que impone el criterio de la gestión indirecta o externalizada en los términos señalados y en los que, además, entran en juego otros criterios y circunstancias. Entre otros, desde la configuración jurídica de algunas de esas actividades serviciales como efectivos derechos fundamentales especialmente protegidos, a la inexistencia en la gestión de los correspondientes servicios de derechos exclusivos, con lo que la necesidad de externalizar no es tan perentoria.

En suma, en los servicios sociales concurren mayores posibilidades jurídicas para la gestión directa porque, en general, los particulares tienen reconocido el derecho a intervenir y a desarrollar las correspondientes actividades. De todas formas, ello no obsta para que en estos casos también se discuta la conveniencia de mantener la gestión pública o, al menos, la conveniencia de condicionarla a un estricto criterio de subsidiariedad<sup>17</sup>.

### C) Servicios administrativos

Por último, la externalización en el ámbito de los servicios administrativos, dadas las implicaciones organizativas que supone, es la que plantea mayores dificultades y tensiones, aunque no es menos cierto que el planteamiento favorable a la externalización resulta sencillo de formular. ¿Para qué mantener o para qué dotar a la Administración de una estructura organizativa de medios personales y materiales tan extensa y amplia cuando no pocas de las actividades y funciones que esa estructura ha de desarrollar pueden ser satisfechas con mayor eficacia y eficiencia por empresas privadas o por particulares contratistas de la Administración? ¿Para qué disponer de personal propio de la Administración cuando la actividad puede ser realizada en las mismas condiciones de eficacia por parte de terceros ajenos y con una mayor eficiencia económica? Si la empresa privada y los particulares pueden cubrir las necesidades logísticas de la Administración con mayor economía de medios, ¿por qué negarse a externalizar la ejecución de esas actividades? Más aún: dado el desarrollo tecnológico alcanzado en las actuales sociedades, ¿acaso tiene capacidad la Administración para dotarse de los medios personales y materiales necesarios para desarrollar actividades cada vez más complejas técnicamente? El espectacular avance de la empresa privada y su capacidad técnica, es el gran argumento favorable a la externalización creciente de los medios instrumentales de la Administración.

Tampoco debe olvidarse que, en algunos casos, la reconfiguración de determinados servicios empuja irremisiblemente a la externalización. La profesionalización de las Fuerzas Armadas en 1996 es un caso paradigmático. La reducción de efectivos y la profesionalización y especialización requerida al personal militar empuja resueltamente a que determinados servicios (de alimentación, de seguridad, de transportes, de mantenimiento de instalaciones y otros similares) que con anterioridad se prestaban por las propias Fuerzas

(17) Vid. mi trabajo “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en vol. col. Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo, Civitas, Madrid, 2003, págs. 165 y ss.

Armadas, en la actualidad sean prestados por empresas privadas<sup>18</sup>. Una necesidad de externalizar determinados servicios internos de las Fuerzas Armadas que alcanza al propio suministro y mantenimiento del armamento, dada la compleja tecnología que comportan y que en muchos casos sólo las empresas privadas son capaces de suministrar.

En suma, el coste económico derivado de un crecimiento desmesurado del personal (sea funcionario o laboral) al servicio de las Administraciones Públicas, así como las consecuencias derivadas de los continuos avances tecnológicos, son factores que inciden decisivamente en los procesos de externalización de determinados medios personales e instrumentales al servicio de la Administración<sup>19</sup>.

#### 4. LOS LÍMITES A LA EXTERNALIZACIÓN

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la principal dificultad a la que se enfrenta la externalización radica en la determinación de las funciones y actividades que, por su propia naturaleza y características, deben quedar en todo caso al margen de la privatización o de la entrega para su ejecución a simples particulares. Una dificultad, en todo caso, que no alcanza por igual a todos los supuestos. Mientras que la externalización de los servicios públicos en sentido estricto<sup>20</sup> no plantea en líneas generales mayores problemas, distinto es el caso cuando la externalización pretende proyectarse en el ámbito interno de los medios personales y materiales propios de la Administración. Y es que, como de inmediato vamos a ver, en el ordenamiento jurídico español desde hace ya tiempo contamos al respecto con algunas reglas básicas que conviene recordar.

(18) La justificación se explica con facilidad. Valga con la siguiente del Director General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, Sr. Villar Torrau: "(...) hoy tenemos un personal de tropa y marinería que hay que conseguir contratar en abierta competencia con el resto de la Administración Pública y con las empresas. Es un personal caro, a diferencia de lo que ocurría con el soldado o con el marinero de reemplazo, y es un personal que no puede distraerse de sus cometidos específicos. Si alistamos un soldado marino para que sea zapador y sepa levantar un campo de minas, por ejemplo, no podemos pretender tenerlo formado para ser enviado a Bosnia, entre guardia y guardia o entre cocina y cocina. Tiene que dedicarse principalmente a lo que va a ser su misión real porque con toda probabilidad le vamos a exigir que desarrolle ese cometido para el que ha sido alistado, adiestrado y equipado" (en vol. col. *La externalización y el sector público*, op. cit., pág. 36).

(19) Como ha señalado J.J. IZARRA DEL CORRAL, "Sobre el concepto de externalización", en vol. col. *La externalización y el sector público*, op. cit., pág. 42, "(...) la consolidación de las Administraciones Públicas dio lugar a la creación de órganos internos propios con la finalidad de afrontar distintas cuestiones –en ocasiones, para solucionar problemas de paro–, estructurando cuerpos, escalas y categorías que, aún cumpliendo sus funciones, acabaron provocando un exceso de burocracia, hasta el punto que algunos cargos públicos dedicaban más esfuerzos a solucionar problemas internos que a prestar servicio a la sociedad". Y añade: "Al ya tradicional exceso de burocracia se ha venido a unir la dificultad de mantener un cuerpo funcional debidamente formado y actualizado frente a la imparable revolución tecnológica que se ha producido en los medios que emplean las Administraciones Públicas, problema que por cierto han vivido también las grandes empresas privadas. Dados los elevados costes que suponen la formación continua y la especialización, unos y otros se han visto obligados a acudir a la vía de la externalización".

(20) Identifico como servicio público en sentido estricto aquellas actividades de carácter prestacional caracterizadas por la publicatio o el monopolio de iure que excluye a la libre iniciativa privada. Se trata, por lo demás, de un concepto generalizado en la doctrina que, de todas formas, tras la Constitución de 1978, se ha identificado con el de "servicios esenciales" reservados por ley al sector público (artículo 128.2 CE). En este punto, por tanto, no hago otra cosa que mantener lo que ya expuse en mi trabajo "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía", *Justicia Administrativa*, núm. 18, Lex Nova, 2003, págs. 7 y ss.

### A) La regla de la acreditación de la insuficiencia de medios en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios

La externalización en el ámbito de los servicios administrativos encuentra adecuados cauces instrumentales para su materialización en los contratos administrativos de consultoría y de asistencia y de servicios, ya que se trata de unos contratos que vienen a satisfacer directamente necesidades internas, tanto personales como materiales, de la Administración. Los contratos administrativos de consultoría y asistencia y de servicios, conformados a partir del modelo de los contratos civiles de arrendamiento de servicios y obras, permiten, en efecto, suplir los medios personales y materiales propios de la Administración necesarios para el desarrollo de sus actividades y el efectivo cumplimiento de sus funciones. Se presentan, por tanto, como una alternativa a la creciente extensión y complejidad del aparato organizativo y material de las Administraciones Públicas<sup>21</sup>.

Tanto el contrato administrativo de consultoría y asistencia como el contrato administrativo de servicios, a la vista de las prestaciones que pueden dispensar, aparecen, pues, como mecanismos idóneos para la externalización de determinadas actividades y servicios administrativos. Los de consultoría y asistencia dirigidos predominantemente a satisfacer necesidades de orden personal; los de servicios dando cobertura a necesidades materiales. Su configuración legal no deja lugar a dudas.

Según el artículo 196.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

“a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

**LA EXTERNALIZACIÓN  
EN EL ÁMBITO DE  
LOS SERVICIOS  
ADMINISTRATIVOS  
ENCUENTRA  
ADECUADOS CAUCES  
INSTRUMENTALES PARA  
SU MATERIALIZACIÓN  
EN LOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS DE  
CONSULTORÍA Y DE  
ASISTENCIA Y  
DE SERVICIOS**

(21) Como ha señalado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002, las Administraciones han necesitado desde sus comienzos la ayuda exterior que le proporciona la contratación para hacer frente a sus carencias internas, tanto personales como materiales, especialmente en materias de gran especialización. Tanto es así que el propio origen de los referidos contratos administrativos radicará en la necesidad de los entes públicos de acudir a medios externos en su actividad, por la falta de recursos suficientes dentro de los mismos. Pero lo relevante sobre todo es que esa necesidad, que ha sido una constante histórica, ha ido en aumento según ha devenido más extensa y compleja técnicamente la actividad que las Administraciones Públicas están llamadas a desarrollar.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección y supervisión y control de ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas.”

En cuanto a los contratos de servicios, el número 3 del mismo artículo 196 TRLCAP fija como objeto de los mismos los siguientes:

“a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas.”

Como se ve, la distinción básica entre unos y otros contratos radica en el carácter predominantemente intelectual o material de las prestaciones<sup>22</sup>. Pero lo que ahora interesa

(22) Ha analizado con gran minuciosidad y detalle esa diferencia E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 97 y ss. Asimismo, en esta monografía se encontrará un análisis riguroso del régimen jurídico al que se sujeta el contrato de consultoría y asistencia, cuestión en la que en este momento no procede entrar.

## La Administración Pública y la “externalización”

destacar es que, por una u otra vía, pueden externalizarse las necesidades, personales o materiales, de las Administraciones Públicas.

Pues bien, las amplias posibilidades que para la externalización de los servicios administrativos ofrecen los referidos contratos quedan, no obstante, constreñidas por la regla contenida en el artículo 202.1 del mismo TRLCAP. Dice así:

“Al expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato.”

Es claro, pues, que la Administración no goza de plena libertad para recurrir a vías externas con la finalidad de cubrir necesidades internas, tanto personales como materiales. Más aun, este artículo 202 TRLCAP parte de la premisa de que la actuación de la Administración a través de sus propios medios personales y materiales ha de ser la regla, siendo subsidiario el mecanismo de la contratación externa<sup>23</sup>. Esta subsidiariedad de la externalización se deduce claramente de la exigencia de que en el expediente de contratación se incorpore un informe del servicio interesado en la celebración del contrato en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se tratan de satisfacer a través del contrato<sup>24</sup>.

Ahora bien, no es menos cierto que la efectividad de esa condición deja mucho que desear dada la frecuencia con la que la Administración celebra contratos de consultoría y asistencia a pesar de disponer de profesionales en plantilla que podrían realizar las actividades que se externalizan. Así, por ejemplo, se ha consolidado la práctica de que una gran parte de la redacción de proyectos de obras la realicen profesionales externos por vía de contratación, de manera que hoy son escasos los proyectos de obras que la Administración redacta utilizando únicamente sus propios medios. La complejidad creciente de los proyectos y el coste de mantener una estructura fija que los aborde puede ser, en ocasiones, la causa y justamente para ello se dispone del cauce del contrato de consultoría y asistencia. Pero no siempre es así. Cada vez es menos infrecuente que las Administraciones Públicas, aun disponiendo de ingenieros y arquitectos, sea en régimen funcionarial o laboral, para la redacción de determinados proyectos técnicos recurran a la contratación administrativa de profesionales externos o que, incluso, prescindiendo del régimen de incompatibilidades, procedan a la celebración de contratos civiles de arrendamiento de servicios con su

(23) Como ha señalado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., pág. 141, también en Derecho francés se parte de la prioridad o preferencia de los recursos propios frente a la alternativa de la externalización.

(24) Salvo contadas excepciones –a alguna de ellas me referiré más adelante–, puede afirmarse que la preferencia de la gestión directa de la Administración ha sido regla general a lo largo de buena parte del siglo XX. Esa preferencia se ha reflejado, incluso, en la regulación del otorgamiento de subvenciones concebidas como un modo más de gestión indirecta de servicios económicos. El artículo 25 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 estableció que “sólo podrá aplicarse el régimen de subvención a servicios de índole económica cuando se demuestre, en el expediente que al efecto se instruya, la imposibilidad de utilizar cualquiera otra modalidad de prestación o la mayor carga económica que con ella se ocasionaría”.

propio personal de plantilla. Y lo mismo puede decirse de la preparación de proyectos de leyes y demás normas, o de las asistencias y asesoramientos jurídicos, o de los estudios sobre la propias organizaciones administrativas, que son encargados sistemáticamente a despachos y consultoras privadas, prescindiendo las Administraciones Públicas, una vez más, de sus propios medios personales.

Ciertamente, la limitación es lógica y debería observarse con rigurosidad. Pero su propia formulación (obligación de acreditar la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliar los medios personales y materiales con que cuenta la Administración) permite tan amplio margen de decisión que, a la postre, todo dependerá de la responsabilidad y sentido institucional de quienes han de decidir. Y esa responsabilidad y sentido institucional lamentablemente no parece que estén en su mejor momento. Como ha advertido SOSA WAGNER, el recurso a estas contrataciones nos enfrenta a "... un debate del mayor calado al encerrar nada menos que la comprensión misma de la Administración contemporánea: o bien se patrocina una Administración que sea capaz de dotarse de instrumentos con los que satisfacer necesidades colectivas en ámbitos diversos y trascendentes o, por el contrario, se patrocina una Administración que se ha de limitar a fijar, a través de sus normas, las reglas del juego económico y social y a garantizar la libertad de los empresarios y el respeto de la competencia entre ellos. Es decir, y a mi juicio, una Administración manca". Y aún añade una reflexión más: "Si en el altar de las más puras esencias liberales sacrificamos esos 'recursos propios' de que las actuales Administraciones disponen como consecuencia de un proceso histórico perfectamente conocido, ¿hasta dónde llegamos?, ¿cuál es el límite?, ¿sacrificamos también a los ingenieros y a los abogados o a los economistas que están al servicio de las Administraciones porque hay muchos profesionales en el mercado dispuestos a prestar esos servicios? ¿Suprimimos el Servicio oficial de Meteorología o los institutos especializados de investigación de alta tecnología o los laboratorios de análisis de productos para el consumo humano...? ¿Dónde nos paramos cuando se trata de la atención a las grandes e idénticas necesidades colectivas en una sociedad de desiguales?"<sup>25</sup>.

## **B) La regla de la prohibición de gestión indirecta de los servicios que impliquen ejercicio de potestades administrativas**

Por no remontarnos a antecedentes más lejanos, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 43.1 y 69.1) ya estableció la fundamental regla de que las Entidades Locales no podrían proceder a la gestión indirecta por particulares de todas aquellas funciones que impliquen ejercicio de autoridad. Una regla que ha mantenido la vigente Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, al establecer su artículo 85.2 *in fine* que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad", así como el artículo 95.1 del

(25) Vid. Prólogo al libro de E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 17 y 18.

## La Administración Pública y la “externalización”

TRLRL de 18 de abril de 1986 (“los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa”).

La legislación estatal de contratos también ha reiterado esta misma prohibición. El artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 ya dispuso que “el Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos”. Y el artículo 155.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) de 16 de junio de 2000, con el carácter de norma básica (aplicable directamente, por tanto, a la contratación de todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo dispuesto en su Disposición Final Primera) reitera que “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”, añadiendo, no obstante, que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”. El mismo Texto Refundido, en fin, reproduce la misma regla en el artículo 196.4, en relación ahora con los contratos de consultoría y asistencia, y de servicios.

Pues bien, esta limitación a la gestión indirecta, en cualquiera de sus modalidades o formas, y, por tanto, a la externalización de actividades y servicios de la Administración, obliga a precisar el concepto mismo de “servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”. Una cuestión sobre la que la misma Ley reguladora de las Bases del Régimen Local puntualiza en su artículo 92.2 lo siguiente: “Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reservan a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. Y el mismo artículo 92, ahora en su número 4, añade que “la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter

**LA LIMITACIÓN A  
LA GESTIÓN INDIRECTA Y,  
POR TANTO,  
A LA EXTERNALIZACIÓN  
DE ACTIVIDADES  
Y SERVICIOS  
DE LA ADMINISTRACIÓN,  
OBLIGA A PRECISAR  
EL CONCEPTO  
DE “SERVICIOS PÚBLICOS  
QUE IMPLIQUEN EJERCICIO  
DE AUTORIDAD”**

nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado”.

En la doctrina, los actos y servicios que “implican ejercicio de autoridad” se suelen identificar con “las manifestaciones de la soberanía como son la potestad de dictar normas jurídicas, el uso de la fuerza, la función de policía o garantía del bienestar de la colectividad”<sup>26</sup>. Sucede, de todas formas, que la operatividad real de esta prohibición también es limitada. F. SOSA WAGNER lo ha señalado oportunamente: “Ocurre, sin embargo, que este principio, básico de la cultura jurídica occidental, ha conocido siempre quiebras cuya más relevante expresión es la búsqueda de fórmulas para huir de su rigidez: la concesión constituye el más ilustre ejemplo de este fenómeno y a ella dedicaremos detenida atención más adelante. Por el momento, conviene anotar que la concesión, por más que su tradición es ya muy dilatada, no sólo no logra asentarse como pacífica lección de historia del derecho sino que, cada vez de forma más palpable, se incorpora a los capítulos más actuales del moderno Derecho administrativo y sin necesidad de mirar con mucha atención la mágica bola de cristal en que la imaginación del vidente —y la ingenuidad del cliente— creen avizorar el futuro, no es aventurado decir que la evolución expansiva del instrumento concesional no ha hecho sino empezar. Así, este descubrimiento de la Administración liberal, conectado con la primera revolución industrial, seguirá dando juego en circunstancias muy alejadas de las originarias, de la misma manera que algunos instrumentos musicales, ya utilizados en el Renacimiento, transformados, siguen estando presentes en las composiciones y creaciones modernas. Las prestaciones de la Administración local del futuro no van a ser ajenas a esta tendencia. Es, pues, en este sentido debilitado o flexible como hay que entender la regla citada de los artículos 85.2 LBRL o 95.1 TRRL (y ahora del artículo 156.1 *in fine* LCAP) aunque sólo sea para poder alojar en el prontuario al uso, sin que éste chirrie, realidades tan palpables como el de las policías privadas que custodian todo tipo de instalaciones, públicas o privadas”<sup>27</sup>.

En realidad, en esa tradicional fórmula prohibitiva o limitativa de las decisiones relativas a la organización de los medios personales y materiales de las Administraciones Públicas que se han dado en denominar medidas externalizadoras, se proyecta una problemática conceptual de primer orden sobre la que, en esta ocasión, no pretendo sino realizar

(26) F. ALBI, *Tratado de los modos ...*, op. cit., pág. 125. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, cit., pág. 120, explica la distinción entre “actividad jurídica” y “actividad social” y su trascendencia a los efectos de las formas posibles de gestión, en los siguientes términos: “Entre las determinaciones que pertenecen al poder de organización de un servicio está la adopción de un sistema de gestión, y su montaje y precisión concretos. La regla aquí es la discrecionalidad en principio, dentro de límites muy extensos. Uno de estos límites afecta a las llamadas —muy imprecisamente— funciones, por diferencia de los servicios públicos propiamente tales, y que integran aquel tipo de actividad ordinariamente jurídica y necesaria (normación, policía, justicia administrativa, etc.), así como los servicios públicos genuinamente tales, actividad técnica y presidida por el criterio de utilidad más que por el de necesidad; es una distinción correspondiente a la de “actividad jurídica” y “actividad social” de la Administración, que procede, según ya dijimos, de la escuela alemana del siglo pasado, y especialmente de Von Stein. Pues bien: esta actividad jurídica o soberana llamada (a falta de otro término) función, y a la que la Ley española de Régimen Local llama “servicios que implican ejercicio de autoridad” debe ser realizada precisamente en régimen de gestión directa indiferenciada, sin que se conciba su organización en régimen de gestión industrial y mercantil, o por gestión indirecta en una cualquiera de sus formas. Con este límite, las demás actividades municipales (servicios públicos, gestión económica) pueden ser cumplidas en cualquiera de los múltiples sistema de gestión imaginados...”.

(27) *La gestión de los servicios públicos locales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1997, págs. 65-66.

algunas precisiones mínimas. Esas precisiones tienen que ver con la concepción misma del principio de irrenunciabilidad de la soberanía en su concepción más funcional, lo que ha llevado al intento frustrado de diferenciar entre funciones públicas en las que el Estado aparece revestido del *ius imperium* y aquellas otras actividades públicas de carácter material normalmente vinculadas al ámbito prestacional de las Administraciones Públicas. La práctica pone de manifiesto, sin embargo, que la distinción no puede sustentarse en un criterio material, ni tampoco puede trazarse un deslinde pleno y absoluto entre esas funciones y las actividades materiales de carácter prestacional en las que estaría vedada cualquier posibilidad de que el gestor privado de las mismas ejercitase poderes típicos de la Administración<sup>28</sup>. Y es que la identificación entre ejercicio de funciones administrativas y naturaleza pública del sujeto que las ejercita (independientemente, incluso, de la forma de personificación que adopte) se ha resquebrajado estrepitosamente dada la creciente privatización de funciones públicas, sin que materialmente sea posible aislar con seguridad aquellas actividades que por su naturaleza deban ser públicas, marcando con ello el límite efectivo a las que puedan ser confiadas a la iniciativa privada mediante técnicas “externalizadoras”.

Ya se ha señalado en la doctrina, y no parece discutible la apreciación, que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza, de manera que la determinación de aquellas prestaciones que hayan de satisfacerse desde la propia Administración depende de la ideología política, del pulso social de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder político<sup>29</sup>. Por eso mismo no cabe negar que los concesionarios pueden ostentar —como de hecho así sucede— determinadas potestades y prerrogativas<sup>30</sup> y que, por tanto, el referido principio ha quedado cuando menos ampliamente modulado en su alcance<sup>31</sup>, sin perjuicio de que para salvar la construcción se haya recurrido al argumento de que tales potestades no son ejercidas sino en nombre de la Administración concedente y bajo su control último<sup>32</sup>.

Más aún. El referido límite puede ser excepcionado por el legislador en cualquier momento para casos particulares, lo que pone de manifiesto la inviabilidad de asentar un concepto material de función como equivalente al ejercicio de potestades administrativas estrictamente reservadas a los órganos administrativos. El ejemplo de la recaudación tributaria es prueba suficiente de lo que se afirma. Baste recordar que el artículo 731.1

(28) Vid. J.A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 524 y ss., con quien coincido en las observaciones que formula.

(29) Vid. J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, cit. por la 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 424.

(30) La propia legislación lo reconoce abiertamente. Así, por ejemplo, el artículo 2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de los actos de “(...) los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos (...)”.

(31) J.A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad...*, pág. 528, explica la cuestión de la siguiente forma: “En consecuencia, hay una diferencia fundamental entre la prohibición de cesión de servicios cuyo contenido implique en sí el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos de forma principal y no accesoria de la actividad y el supuesto de desempeño de prerrogativas administrativas por vía de delegación al objeto de asegurar la marcha del servicio, en una actividad cuyo contenido no representa el ejercicio de poderes soberanos, sino una actividad esencialmente prestacional que accidentalmente se ve necesitada de la puesta en práctica de potestades administrativas”.

(32) Hace ya años, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972.

de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 admitía que la recaudación de los recursos de las Entidades locales podía realizarse “por arriendo, por concierto o por gestión afianzada”, y los artículos 733 y siguientes de dicha Ley regularon cada una de esas modalidades, lo que encontró complemento en el Reglamento de Haciendas Locales de 4 de agosto de 1952 (artículos 255 y siguientes). Pero es que también en el ámbito de la Hacienda Pública estatal era posible la externalización de la recaudación, por cuanto la misma se podía encomendar a las Diputaciones Provinciales que, a su vez, nombraban a los llamados recaudadores de zona encargados del cobro de los correspondientes créditos. Un sistema que, prescindiendo de otros antecedentes, arrancó de la Ley de 11 de abril de 1942, completada por el Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 y, posteriormente, tras la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, por el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, encontrando así refrendo la clásica figura del recaudador, ejerciente de funciones públicas a pesar de no ostentar la condición de funcionario público ni ser su relación con la Administración asimilable a la relación orgánica y de servicio existente entre la misma y sus funcionarios<sup>33</sup>.

Sin embargo, no hace mucho, el referido sistema fue abandonado. El Real Decreto 1327/1986, sobre recaudación ejecutiva de los derechos económicos de la Hacienda Pública, estableció la asunción directa por las Delegaciones y Administraciones de Hacienda de la gestión recaudatoria, produciéndose así el cese de los recaudadores de Hacienda y de los recaudadores de zona como órganos de recaudación. Asimismo, en el caso de las Haciendas Locales, tras el Real Decreto 1607/1987, de 23 de diciembre, por el que se modificaron determinados artículos del Reglamento General de Recaudación y, poco más tarde, con la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y el Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990 prescindieron definitivamente de esa figura<sup>34</sup>.

Un cambio trascendental que la jurisprudencia no ha dejado de destacar. La STS de 26 de enero de 1990 (Ar. 561)] ya señaló que “[la LBRL] establece una regulación distinta y aun opuesta a los procedimientos de recaudación señalados en el artículo 731 de la Ley de Régimen Local de 1955, pues mientras este precepto autorizaba tanto la gestión directa, como el arriendo, el concierto o la gestión afianzada, el inciso final, del párrafo

(33) Así se señaló por la doctrina más autorizada (por todos, F. SAINZ DE BUJANDA y otros, *Notas de Derecho Financiero*, T. I, Vol. 3º, UCM, Madrid, 1967, págs. 992 y ss.) y así lo mantuvo la jurisprudencia [entre otras, STS de 31 de octubre de 1992 (Ar. 10288)]. Esa singular relación entre Administración y recaudador explica, por lo demás, que la retribución consistiese básicamente en un premio de cobranza, fijado en un porcentaje, así como en una participación en el recargo de apremio y en una asignación mínima tendente a eliminar el riesgo económico, más el abono de los gastos necesarios inherentes al normal desarrollo del servicio.

(34) De todas formas, a pesar de tan importante rectificación, la normativa tributaria no ha rechazado absolutamente la colaboración de particulares en la gestión recaudatoria. Todo lo contrario. Prescindiendo también de normas anteriores, el anterior Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, desarrollado por la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, previó en su artículo 87 que “el Ministerio de Hacienda podrá autorizar a las Entidades bancarias (...) y a las Cajas de Ahorro (...), la apertura de cuentas de recaudación de tributos”, añadiendo que “podrá ingresarse en dichas Entidades colaboradoras el importe de las deudas tributarias que expresamente determine el citado Ministerio”. Y el artículo 89 del mismo Reglamento, reguló los trámites del procedimiento a seguir para los ingresos por medio de tales Entidades Colaboradoras. Colaboración de entidades privadas (en concreto, Entidades de Crédito) que ha mantenido el vigente Reglamento General de Recaudación, al regular las entidades colaboradoras en los artículos 8.2 y 78 a 80. No cabe descartar, pues, que los particulares puedan seguir colaborando en la gestión de esa actividad financiera pública.

segundo, del artículo 85 de la mencionada LBRL, tras autorizar la gestión de los servicios públicos, tanto de forma directa como indirecta, establece que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad (...), [de manera que] (...) resulta claro que dichos preceptos excluyen de manera absoluta el sistema de gestión indirecta en todas sus formas, exceptuándose tan sólo en el párrafo tercero del artículo 106 de la Ley de 1985 (LBRL), las delegaciones que las entidades locales puedan realizar de los servicios de recaudación e inspección en favor de Entidades Locales de ámbito superior (Diputaciones Provinciales), de las respectivas Comunidades Autónomas y los sistemas de colaboración que pueden establecer con los citados, con otras Entidades Locales o con el Estado, de acuerdo con la legalidad de éste” (FD 2º). Y otras sentencias perfilaron aún más el alcance de la modificación legislativa por relación a determinados servicios, como, por ejemplo, los servicios de tesorería y recaudación local<sup>35</sup>.

Por consiguiente, tras la LBRL resulta imposible proceder a nuevas adjudicaciones del servicio de recaudación en los términos en que hasta ese momento se había venido realizando, todo ello sin perjuicio de las situaciones ya existentes con anterioridad a dicha Ley que la Disposición Transitoria Novena del TRRL posibilitó prorrogar<sup>36</sup>. Con lo que bien puede afirmarse

**TRAS LA LBRL RESULTA  
IMPOSIBLE PROCEDER A  
NUEVAS ADJUDICACIONES  
DEL SERVICIO  
DE RECAUDACIÓN  
EN LOS TÉRMINOS EN QUE  
SE VENÍAN REALIZANDO,  
SIN PERJUICIO  
DE LAS SITUACIONES YA  
EXISTENTES  
CON ANTERIORIDAD  
A DICHA LEY**

(35) Así, por ejemplo, STS de 5 de marzo de 1993 (Ar. 1555), en relación con las bases de la convocatoria de un concurso por un Ayuntamiento para el nombramiento de recaudador de exacciones municipales, con remisión a la doctrina de la STS de 26 de enero de 1990: “No puede admitirse, en primer lugar, que la condición de funcionario que exige el artículo 193.2 del Texto Refundido (de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986) pueda configurarse [tal y como lo hace la Base 7ª, ap. e), de las impugnadas] sólo como requisito que deben reunir los aspirantes para participar en un concurso para nombramiento de recaudador. La legislación reserva el puesto de trabajo a los funcionarios, por lo que la condición de funcionario que exige el artículo 193.3 del TRRL, que se invoca, se refiere al status que necesariamente deben mantener durante el desempeño del referido puesto quienes asumen la función de recaudación, al ser ésta una función pública necesaria en todas las Corporaciones Locales, por lo que la misma se debe ejercer por personal sujeto a Estatuto funcional (artículo 92 de la LBRL y Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre). Basta examinar, en un caso en que no es desde luego de aplicación la Disposición Transitoria Novena del TRRL de 1986, la retribución por porcentaje de recaudación, primas y premios de cobranza establecida en la Base 12ª del concurso –en clara contradicción con lo establecido en los artículos 93 de la LBRL y 1 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril– o el régimen de gestión diseñado en las repetidas Bases, por lo que el Recaudador –que responde ante el Ayuntamiento de toda la gestión de cobranza, tanto por sí como por sus Auxiliares (Base 5ª)– debe asumir todos los gastos del material y del local donde se ubique el servicio y del personal auxiliar a su cargo, que contrata laboralmente y de él depende (Bases 4ª y 13ª), para concluir que la figura del Recaudador que contempla el Acuerdo municipal enjuiciado no es en modo alguno la de un funcionario que –dejando aparte lo establecido en el artículo 92.4 de la Ley 7/1985– resulte vinculado a la Administración por una relación de servicios profesionales retribuidos (artículo 130.1 del TRRL), sino la de quien asume, predisponiendo y aportando al efecto su propia organización y medios, la recaudación de exacciones que compete a la Entidad local, lo que implica un sistema de gestión indirecta de recaudación que contrasta abiertamente con la legalidad hoy vigente, por lo que procede confirmar la sentencia apelada así como la nulidad del acuerdo municipal objeto del recurso”.

(36) En concreto, con arreglo a dicha disposición “los actuales recaudadores contratados podrán continuar en el ejercicio de sus funciones de agentes ejecutivos durante la vigencia de los contratos establecidos, los cuales podrán ser prorrogados, de mutuo acuerdo, en tanto las Entidades locales no tengan establecido el servicio con arreglo a lo previsto en esta Ley, o bien, tratándose de Municipios, Mancomunidades u otras Entidades locales o Consorcios, no lo tenga establecido la Diputación como forma de cooperación al ejercicio de las funciones municipales”.

que la gestión recaudatoria de los Municipios ha quedado “(re)interiorizada”. Esa gestión ha de llevarse a cabo directamente por los órganos y funcionarios públicos –a salvo de las excepciones concretas que se establecen–, lo que guarda estricta coherencia con las previsiones de la LBRL (artículos 85.2 y concordantes) y del TRRL (artículo 95.1) ya citadas. He aquí, en definitiva, cómo se ha operado un cambio radical, cerrando la posibilidad de una externalización que, aun incidiendo en el ámbito de las funciones públicas, se había venido practicando con absoluta normalidad.

Debe añadirse, no obstante, que todo esto no significa necesariamente que cualesquiera actuaciones en que se desgrana la gestión recaudatoria y, más en general, la gestión tributaria local sean calificables como “actos de autoridad” que conllevan el ejercicio de potestades administrativas insusceptibles de ser transferidas a particulares por estar ineludiblemente reservadas a los funcionarios de las correspondientes Corporaciones Locales. O dicho en otros términos, el hecho de que determinados actos de esa gestión hayan de ser dictados por funcionarios locales y, más en concreto, por funcionarios con habilitación de carácter nacional<sup>37</sup>, para nada obliga a que todas y cada una de las actuaciones instrumentales propias de dicha gestión tengan que llevarse a cabo inexcusablemente por dichos funcionarios. Nada impide, en efecto, que aquellas tareas propias de la gestión recaudatoria que no supongan ejercicio directo de autoridad puedan ser ejecutadas por personas físicas o jurídicas sin necesidad de que medie vinculación funcional alguna. El problema, por tanto, está en determinar aquellos actos de la gestión recaudatoria y, más en general, de la gestión tributaria que por su naturaleza sean reconducibles a la categoría de actos que suponen el ejercicio de autoridad, por cuanto todas las demás actuaciones preparatorias y auxiliares de dichos actos podrán ser realizadas por personas o empresas privadas en régimen contractual de prestación de servicios a la Administración local<sup>38</sup>.

(37) Conviene recordar a este respecto que, de acuerdo con el artículo 92.3 y 4 de la LBRL, el artículo 164 del TRRL establece en su número 1 que “en las Entidades locales a que se refiere el número 1 del artículo anterior existirá también un puesto de trabajo específico que tenga atribuida la responsabilidad administrativa de las funciones de tesorería, que incluye el manejo y custodia de fondos y valores de la Entidad, y recaudación, que implica la Jefatura de los Servicios correspondientes, con el alcance y contenido que se determinen reglamentariamente por la Administración del Estado”, puntualizando de inmediato el número 2 del mismo artículo que “el funcionario con habilitación de carácter nacional que desempeñe dicho puesto de trabajo, antes de entrar en posesión del mismo, deberá constituir fianza en la forma prevista por las disposiciones vigentes”, e “igual obligación alcanzará a cualquier otro funcionario o miembro de la Corporación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se haga cargo de la responsabilidad a que se refiere el número anterior”.

(38) Tal es el caso de la realización de trabajos de carácter auxiliar y de apoyo a la gestión administrativa, como, por ejemplo, y entre otros, la ejecución de los trámites liquidatorios y la emisión de los correspondientes recibos, la notificación de los mismos y la gestión de cobro, el control de los períodos de cobro en vía voluntaria, así como todo el movimiento de abonos y pagos de las liquidaciones giradas, la preparación documental de las providencias y diligencias de apremio en caso de impago, el control de los períodos de cobro en vía ejecutiva, la elaboración de las providencias de embargo, etc. El límite estriba en que estos trabajos, que prácticamente absorben la total gestión tributaria, en ningún caso pueden englobar aquellas actuaciones específicas que necesariamente supongan el ejercicio de potestades administrativas. Pero como se ve la cuestión es más formal que otra cosa. Por todo ello, parece obligado admitir que, en particular, las Corporaciones Locales pueden contratar con personas físicas o jurídicas privadas la colaboración en la gestión tributaria de todas aquellas tareas que no supongan el ejercicio directo de autoridad, manifestado en la producción de actos administrativos que, como hemos visto, necesariamente quedan reservados a los órganos administrativos. La comprobación de los hechos imposables a la luz de las declaraciones tributarias, así como las efectivas actuaciones en que se concrete la investigación o la preparación de las contestaciones a las consultas que puedan formularse a la Administración tributaria local, o la preparación de las liquidaciones y los correspondientes recibos, o el control de los pagos en período voluntario, etc., bien pueden ser realizados por particulares (empresas de servicios) vinculados a la Administración por una relación contractual de servicios, siempre, claro es, que la exteriorización de esas actuaciones se realicen por el órgano municipal correspondiente, ya que, respecto de los sujetos pasivos, sólo a través de ese cauce puedan desplegar efectos.

Baste con este ejemplo para evidenciar que, a pesar de la comentada regla prohibitiva, la externalización sigue teniendo amplias posibilidades de desarrollo y aplicación<sup>39</sup>.

### 5. REFLEXIÓN FINAL

La creciente externalización de los medios personales y materiales que necesitan las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines no puede explicarse desvinculadamente de los profundos cambios tecnológicos, sociales y económicos que se han producido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y de manera más aguda e intensa en las dos últimas décadas.

Mientras que la Administración del siglo XIX y primera mitad del XX desempeñó un papel decisivo en el progreso de una sociedad muy limitada en sus capacidades técnicas y económicas –de ahí, por ejemplo, el notable desarrollo de una Administración fuertemente intervencionista y prestacional– en la actualidad esa situación se ha invertido. Una sociedad más fuerte y con más capacidad profesional, técnica y económica, ha relegado a una posición secundaria a las Administraciones Públicas, cuyas funciones necesariamente deben reajustarse para adecuarse al nuevo escenario. En la actualidad, de lo que se trata es de garantizar que los servicios se presten en condiciones adecuadas y para ello no es preciso ya que las Administraciones se doten de unos medios personales y materiales que la propia sociedad puede suministrar con mayor eficiencia económica y mejor calidad. Se explica así que frente a la externalización de determinadas prestaciones cada vez haya menos alternativas y que la reconversión orgánica de las Administraciones se imponga con total naturalidad.

(39) También podría citarse, por ejemplo, el sistema generalizado de controladores de estacionamiento vigilado puesto en práctica por los Ayuntamientos a través de la contratación con empresas privadas. Aunque también juega el límite que se comenta, ya que se trata de actividades inspectoras, no por ello queda totalmente excluida la posibilidad de que tales controladores actúen y que su actividad sea ciertamente eficaz, máxime una vez rectificada en parte la inicial jurisprudencia que negó todo valor probatorio a las denuncias por ellos formuladas. La STS de 1 de octubre de 1991 (Ar. 7639) [luego reiterada en otras posteriores, como la STS de 23 de noviembre de 1993 (Ar. 8883)], declaró que “... solamente tienen el carácter de Agentes de la Autoridad los miembros de la Policía Local (...), [de manera que] los empleados de la empresa (...) a la que el Ayuntamiento tiene asignada la regulación del aparcamiento vigilado en determinadas zonas de la denominada ORA y, en general, los controladores o vigilantes de dichas zonas en otros municipios donde exista implantado dicho régimen de estacionamiento de vehículos, no tienen la consideración de Agentes de la Autoridad (...) y por ello, su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, y al no ser averada por pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados (...)”. Sin embargo, el mismo TS ha corregido esta doctrina, admitiendo el valor de prueba de cargo a dichas denuncias una vez ratificadas por el personal controlador que las haya efectuado. La STS de 4 de octubre de 1996, dictada en recurso de casación en interés de ley, ha considerado que la doctrina de la citada Sentencia de 1991 “(...) es errónea toda vez que el denunciante que presencia un hecho ilícito, penal o administrativo, no deja de ser testigo por la circunstancia de poner los hechos (denunciar) a la autoridad competente. Por otro lado, preciso es tener en cuenta que una cosa es la calificación como prueba de cargo de la ratificación hecha por el denunciante respecto de la denuncia por él formulada, y otra distinta la valoración que pueda darse posteriormente a esa prueba. No puede, por ello, excluirse como prueba de cargo a la ratificación de los denunciantes en relación con los hechos de que se trate, sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse de dicha prueba y de las demás que se hayan aportado a las actuaciones”. Como ha señalado T. CANO CAMPOS, *Los Ayuntamientos y el tráfico*, Iustel, Madrid, 2006, otras sentencias más recientes han reiterado este mismo criterio. Como se dice en la STS de 24 de julio de 2003, aunque tales controladores no son agentes de la autoridad, “(...) el testimonio-denuncia del controlador es un elemento más de prueba que ha de ser ponderado racionalmente cuando se emite en la forma reglamentariamente prevista, ratificando su denuncia inicial con expresa mención de sus circunstancias personales, y también que ha de ser valorado racionalmente en conjunto con cualesquiera otros elementos probatorios”.

Sucede, además, que los fundamentos mismos que históricamente justificaron que la Administración se dotara de medios personales propios, progresivamente se han ido degradando de manera irreversible, lo que, a su vez, debilita la oposición que a esas prácticas externalizadoras pueda pretenderse. En la medida que la organización y el estatuto de su personal propio, los funcionarios públicos, se ha transformado tan profundamente, diluyéndose sus características peculiares y singulares respecto de los demás trabajadores del sector privado, la externalización de las prestaciones no es sino el paso último a dar. La idea de que una Administración externalizada es una Administración débil, sin poderes reales de dirección, no se compadece con una Administración no menos débil a pesar de disponer de personal propio sobre el que, sin embargo, no ostenta poderes sustancialmente distintos de los que dispone un empresario privado respecto de sus trabajadores.

Por otra parte, la externalización o gestión indirecta de los servicios públicos, mediante concesión o cualquier otra modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, puede ser una alternativa no sólo a la gestión directa, por la misma Administración como tal, o a través de entidades instrumentales, sino a la despublicación o eliminación de la titularidad pública del servicio. Y es que, a través de la externalización, se posibilita un sistema de competencia controlada o regulada aun manteniéndose la *publicatio* de la actividad, lo que suaviza las consecuencias resultantes de que al monopolio *de iure* se sume el monopolio de la gestión pública. Frente a la exclusión total de la competencia, tanto en el acceso al mercado, como en el mercado mismo, la externalización permite al menos la competencia por el mercado, ya que para la adjudicación de los correspondientes contratos o títulos habilitantes deben observarse sistemas públicos de concurrencia.

Es verdad, en fin, que no todo es externalizable, que debe aislarse, por tanto, un núcleo de funciones a preservar de cualesquiera fórmulas externalizadoras. Y es verdad también que estas prácticas pueden conllevar algunos riesgos. Desde que las Administraciones pasen a depender instrumentalmente del sector privado a que pueda difuminarse el control real y efectivo de una gestión que no deja de ser responsabilidad última de las Administraciones. La imparcialidad que debe presidir el proceso de formación de la voluntad de los órganos administrativos, máxime cuando la externalización alcanza instrumentalmente a actividades directamente vinculadas al ejercicio de funciones públicas, o la propia minusvaloración de las capacidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, provocando un efecto desincentivador, o, en fin, la quiebra de los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a la Función Pública, son riesgos, en efecto, que no cabe desconocer. Pero posiblemente sean riesgos que, sin perjuicio de prevenirlos y corregirlos, inevitablemente habrá que asumir, máxime cuando la alternativa no es otra que el mantenimiento de unos complejos organizativos, personales y materiales, cada vez más renqueantes.

En cualquier caso, lo que no es de recibo es que la puesta en práctica de medidas externalizadoras no venga acompañada de la correlativa reconversión del aparato organizativo público. Algo que no siempre sucede. No suele ser infrecuente, desde luego, que las presiones sindicales por mantener e, incluso, acrecentar el nivel de empleo público, así como

## La Administración Pública y la “externalización”

la propia debilidad política para asumir decisiones impopulares y conflictivas, determinen que, externalizado un concreto servicio, el personal funcional y laboral adscrito al mismo termine por permanecer “recolocado” en el seno de la propia Administración, aunque lo sea, claro es, sin prácticamente función o servicio efectivo que realizar. Por eso, la necesaria justificación de la carencia real y efectiva de medios personales y materiales como presupuesto de la externalización, debería ser regla de estricta observancia; porque lo que no es admisible es que externalización y reconversión organizativa de la Administración no se conciban como procesos que, por ser complementarios, necesariamente han de actuar de manera interrelacionada y simultánea.



# Riesgos e incidencias en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

## Resumen

### RIESGOS E INCIDENCIAS EN LA FASE DE CONTROL JUDICIAL DE LAS ADJUDICACIONES CONTRACTUALES

*Asistimos a un creciente interés por el control de las adjudicaciones contractuales. Se van depurando una serie de criterios y técnicas aplicables que serán utilizados por los jueces en función de la capacidad de convencimiento y persuasión de los abogados. El artículo muestra preocupación por el caso en que la Administración emplee su discrecionalidad para declarar un concurso desierto a fin de*

*introducir un procedimiento negociado porque esto le resulta más fácil que adjudicar el concurso directamente a un licitador en contra de otro, considerando la mayor discrecionalidad inherente a los procedimientos negociados y las declaraciones como desiertos de los concursos. Todo un posible y estratégico fraude de ley frente al cual es necesario estar atentos.*

## Abstract

### RISKS AND INCIDENCES IN THE PHASE OF JUDICIAL CONTROL OF THE CONTRACTUAL ADJUDICATIONS

*There is a growing interest for the control of the contractual adjudications. A series of criterion and attributed techniques that will be used by the judges in function of the capacity of convincing and persuasion of the lawyers are being purified. The article shows worry by the case in which the Administration uses its discretionality to declare a contest deserted*

*in order to introduce a negotiated procedure because this is easier than to adjudicate the contest directly to a bidder against other, considering the greater discretionality inherent to the negotiated procedures and the declarations as deserted of the contest. All a possible and strategic fraud of law in front of which is necessary to be attentive.*

## Sumario:

1. El punto de partida: la discrecionalidad administrativa. 2. El límite jurídico de la arbitrariedad. Selección de un ejemplo: la declaración del concurso como desierto y la posterior introducción de un procedimiento negociado. 3. Las bajas temerarias. 4. Otras incidencias: consentimiento de las bases y casos de defectos de las ofertas y subsanación no exigida. 5. Conclusión.

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Siguiendo la jurisprudencia, el punto de partida del tema de las adjudicaciones contractuales puede situarse del modo siguiente:

“Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y, la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición ‘más ventajosa’ o más útil para el servicio” (STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428; igualmente, STS de 14 de noviembre de 2000, RJ 9614; STS de 23 de junio de 2003, RJ 4413; STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2002, JUR 253473).

En consonancia, un principio aplicable es el de **discrecionalidad administrativa técnica**.

En torno a este primer criterio, su significado es el de la imposibilidad de suplantar un criterio subjetivo (de la Administración) por otro (del recurrente o cualesquiera otros sujetos). Este criterio marca el límite del Derecho por referencia al posible control judicial o jurídico en general:

En este sentido, según la STS de 31 de marzo de 1982, RJ 2361, seguida por la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, “la Administración puede y debe valorar en su conjunto todas las condiciones subjetivas y objetivas de los proyectos, todo ello con facultad discrecional en la apreciación de lo que para ella es ventajoso, y **no puede ser atacado en su resultado suplantando el criterio soberano de aquélla por las meras apreciaciones subjetivas de la parte**” (igualmente, STS de 28 de junio de 1984, RJ 3662 y de 23 de enero de 1980, RJ 182).

Este criterio sirve, igualmente, para atenuar el alcance de los posibles recursos, en su caso, contra la adjudicación que finalmente se realice.

La adjudicación deviene casi inatacable cuando la **discrecionalidad es técnica**, como es propio en materia de valoraciones de adjudicaciones contractuales (STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592):

“Como recuerda la STC 353/1993 (RTC 1993, 353), así sucede ‘en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en **elementos de carácter exclusivamente técnico que en cuanto tal escapa al control jurídico**, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico’ (FJ 3º).

En este contexto ha de admitirse que la ley se remite, en primer lugar, a valoraciones técnicas que ha de hacer Administración sobre la base de conocimientos técnicos del servicio que se justifican en la propia razonabilidad de la decisión del órgano que realiza la calificación. Y el ulterior control jurisdiccional ha de atender, en cuanto al contenido, a los conceptos jurídicos indeterminados de mérito, capacidad, oferta más ventajosa, etc., cuya concreción (sic) es enormemente incierta, salvo que la norma incorpore datos objetivamente contrastables” (STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428).

Esto es así en especial cuando se presentan ofertas todas ellas acreditadas (STS de 17 de julio de 2001, RJ 7444).

En puridad, siendo inherente a la fase de adjudicación contractual la discrecionalidad o el margen de apreciación, no estamos más que ante una discrecionalidad estricta ante la aplicación de **conceptos jurídicos indeterminados**, por ejemplo, los de “oferta más ventajosa”, aunque es evidente el componente discrecional técnico de los informes que sirven de apoyo (SSTS de 9 de julio de 1999, RJ 6882 y de 19 de julio de 2000, RJ 7428; J.I. MONEDERO GIL, “Criterios de adjudicación del contrato en el Derecho comunitario”, Noticias CEE, 21, 1986, págs. 63 y ss.)

En este sentido, otro criterio jurídico fundamental es, igualmente, el de **presunción de certeza de los informes técnicos**

**EL PRINCIPIO  
DE DISCRECIONALIDAD  
ADMINISTRATIVA  
TÉCNICA IMPLICA LA  
IMPOSIBILIDAD DE  
SUPLANTAR  
EL CRITERIO SUBJETIVO  
DE LA ADMINISTRACIÓN  
POR EL RECURRENTE  
O CUALESQUIERA  
OTROS SUJETOS**

de la Administración en el marco del procedimiento de adjudicación. En este sentido razona la jurisprudencia del Alto Tribunal:

“Al resultar de aplicación al caso de autos la jurisprudencia que sobre la discrecionalidad técnica en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración ha sido sentada por esta Sala, las distintas modulaciones encuentran su fundamento en una **presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa**” (STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592).

De ahí que no pocas sentencias mantengan la legalidad de la adjudicación basándose en el informe técnico (SSTS de 21 de mayo de 1999, RJ 5591, de 17 de julio de 2001, RJ 7444) a salvo de que existan errores ostensibles (STS de 7 de noviembre de 2005, RJ 8065), estimándose generalmente la inexistencia de una prueba suficiente de la parte recurrente para desvirtuar dicha presunción (STS de 7 de mayo de 1999, RJ 4297, considerando insuficiente las “meras presunciones, las conjeturas, sospechas o amplias interpretaciones del acto” para desmontar la validez de la adjudicación realizada; STS de 7 de junio de 2004, RJ 3880).

Determinante es observar si se sigue un sistema objetivo de puntuación, pero sin entrar en la valoración del acierto en su determinación concreta. Según la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, es válida la adjudicación que haya entrado a considerar los elementos de las ofertas, puntuándolos, **sin poderse entrometer en principio en los contenidos técnicos**, examinando cada uno de los grupos de valoración, y **atribuyendo a cada grupo una suma concreta**, en función de los distintos criterios que se explicitan y de las características de la oferta de cada uno, comparando cada una de las puntuaciones obtenidas por cada concursante (antecedente de hecho segundo”).

Es preciso profundizar en el funcionamiento de la discrecionalidad, mediante la disección de la misma para la realización de un criterio jurídico de control.

Quiérese decir que cabe matizar dentro de los márgenes de apreciación de la Administración, a efectos de poder confirmar la validez o invalidez del uso legítimo o ilegítimo, respectivamente, de la discrecionalidad administrativa. Puede servir de ejemplo la STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428:

“Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las **zonas de certeza positiva y negativa**, se distingue un llamado ‘halo o zona de incertidumbre’, en relación con el cual –sin hacer, por supuesto, aplicación de la **presunción iuris tantum de validez** de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el **beneficio de la duda**’ en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso– sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la pro-

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

posición ‘más ventajosa’ o ‘más conveniente’ (cfr. STS de 25 de mayo de 1998, RJ 1998, 4486)” STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428).

En este sentido, interesa la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, cuando afirma que “la proposición de mejor contenido económico se situaba con exclusión de las demás en la **zona de certeza positiva** del concepto jurídico indeterminado –proposición ‘más ventajosa’– y no en la zona de penumbra que hubiera podido provocar una dificultad bastante para justificar el margen de apreciación de la Administración, pues lo que importa en estos casos es el resultado final de la actividad”.

Jurídicamente, por tanto, no corresponde entrar a integrar los criterios establecidos para la selección de los contratistas (STS de 6 de julio de 1999, RJ 6911).

Evidentemente, la discrecionalidad cuenta con el límite de la arbitrariedad (STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592; STS de 9 de diciembre de 2004, RJ 31) y de la **motivación necesaria** (STS de 8 de julio de 2005, RJ 9581; STS de 7 de mayo de 1987, RJ 5242 o STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450, anulando la adjudicación por falta de motivación sobre la cualidad de proposición más ventajosa de la seleccionada al no ser posible inferirlas de la resolución de adjudicación ni de la propuesta por lo que hay que acudir al informe técnico que adolece de imprecisiones; igualmente, STS de 9 de diciembre de 2004, RJ 31).

Igualmente, se emplea viciadamente la discrecionalidad si se adjudica el contrato a quien no figura en primer lugar de la propuesta (STS de 22 de septiembre de 1988, RJ 7241) o cuando no se sigue un criterio no previsto en el Pliego. Sobre esta cuestión referida en último lugar merece la pena profundizar seguidamente.

Es sabido, por otra parte, que el Pliego es ley del contrato. En este sentido, la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, lo deja claro:

“El Pliego de Condiciones **se erige en ley del contrato** y siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala [Sentencias de 4 de abril de 1961 (RJ 1961, 1909), 31 de marzo de 1975 (RJ 1975, 2385), 20 de enero de 1977, entre otras], tal facultad incorporada al Pliego, pasa a ser ley del contrato, que admite incluso la posibilidad de declarar desierto el concurso, aun cuando acudiesen licitadores aptos, lo que determina un criterio legal ya consagrado en los artículos 36 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y en el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975.”

Pues bien “la decisión administrativa, en casos como el presente de adjudicación de un concurso, que exige tomar en cuenta criterios técnicos o de conveniencia (económica, social, organizativa), será ajustada a **Derecho siempre que no se aparte de las bases o pliego de cláusulas**, no aparezca como arbitraria o, en fin, realice una aplicación inadecuada del concepto de mayor ventaja que incorpora la norma jurídica” (STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428; igualmente, STS de 5 de mayo de 2004, RJ 3211).

De este modo, la STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2005 (JUR 268919), anula la adjudicación por seguirse un criterio no previsto en el pliego, valorando en exceso la experiencia

profesional de la adjudicataria en base a un criterio no preestablecido (igualmente, Sentencia del TS de 20 de mayo de 1988, RJ 3905 y de 31 de octubre de 2005, RJ 8174; STS de 13 de junio de 2000 RJ 4777; STS de 18 de mayo de 2004, RJ 4720).

Lo normal es que se confirme la legalidad de las decisiones de adjudicación por adjudicar el contrato a quien mejor cumple con las prescripciones del Pliego (STS de 23 de junio de 2004, RJ 4824; STS de 9 de junio de 2004, RJ 4109).

Otro criterio que hemos de considerar especialmente es el de que los errores o defectos de forma han de ser sustanciales. Puede servir de ejemplo la STS de 7 de junio de 1999, RJ 6821:

“El motivo debe ser estimado. El artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo establecía –como ahora lo hace el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– que el defecto de forma sólo determinará la nulidad del acto cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, de modo que, en este último caso, ha de constatarse una auténtica situación de indefensión material de los recurrentes, que no se produce en el supuesto de que la motivación, aunque sea sucinta, cumpla con las finalidades de proporcionar los elementos necesarios para una adecuada defensa frente al acto de que se trata y para su revisión en vía de recurso [Sentencias de 24 de febrero de 1978 (RJ 1978\441), de 15 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5786) y de 21 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6936)].”

En esta misma línea pueden citarse igualmente las SSTS de 5 de octubre de 1999, RJ 9034 y de 17 de julio de 2001, RJ 7444).

Otro límite es el relativo a la improcedencia de discrecionalidad alguna cuando el vicio consiste en la omisión en el procedimiento del Informe técnico o del Informe del Secretario municipal. Sobre lo primero pueden citarse las SSTS de 16 de diciembre de 2005, RJ 882 y de 29 de marzo de 2005, RJ 3114). Seleccionamos la STS de 16 de diciembre de 2005, RJ 882:

“La primera conclusión a la vista del expediente es que la Administración no ha podido fundar su resolución en la ‘discrecionalidad técnica’ porque no existe ningún informe técnico, entendiéndose por tal aquel que aporta unas propuestas concretas o unas soluciones concretas con base en unos conocimientos científicos, artísticos o técnicos. El Acuerdo del Pleno de 8 de junio de 1996 nos dice con toda claridad que se solicitaron informes del Sr. Secretario, del Sr. Arquitecto y del Sr. Aparejador del Ayuntamiento y que dichos técnicos habían contestado ‘(...) que carecían de conocimientos técnicos para valorar las ofertas formuladas (...)’, tampoco puede considerarse un informe técnico el del interventor del Ayuntamiento de 19 de julio de 1996 donde se limita a ordenar sistemáticamente las ofertas de las ocho empresas según los trece criterios que constan en el informe, no se pronuncia sobre ninguno de los criterios sino que se dice a la mesa de contratación

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

que debe puntuarlos con arreglo a la cláusula vigésima octava del Pliego de Condiciones, es decir, con arreglo a los criterios que hemos señalado. Por último, el Dictamen de la Comisión de Hacienda de 7 de agosto de 1996 donde el PSOE coloca unas puntuaciones a las ocho empresas sin ningún razonamiento ni criterio que conste en las actuaciones y el Partido Popular que hace lo propio, venciendo en el Pleno la propuesta del Partido Popular porque tiene mayoría en el Ayuntamiento. En definitiva nos encontramos que los concejales del Ayuntamiento colocan unas puntuaciones en base a unos criterios que se desconocen sin informes técnicos previos de ningún tipo, es decir, se pronuncian sobre algo en que Arquitecto, Aparejador y Secretario del Ayuntamiento manifestaron carecer de conocimientos. En estas condiciones la Sala niega que la Administración haya utilizado la técnica de la discrecionalidad técnica para resolver el concurso sino que se ha resuelto con criterio puramente político de mayorías/minorías no admisible en el campo de la contratación administrativa mediante concurso salvo que se remitiera a informes o dictámenes como establece el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, incluso con la posibilidad de discrepar del informe técnico razonándolo adecuadamente al no tener carácter vinculante.”

Importante es precisar el alcance en un concurso del criterio del precio más bajo. Podemos seleccionar la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592:

“En la cuestión examinada nos encontramos con un sistema de concurso como procedimiento de selección de contratista, que tiene como finalidad la elección entre varios licitadores no del mejor postor desde el punto de vista económico, sino que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, ofrezca la proposición más favorable, ostentando a estos efectos la Administración, evitando el automatismo de la subasta, un conjunto de facultades discrecionales para la selección, que expresamente ha reconocido este Tribunal [así, en Sentencia de 18 de mayo de 1982 (RJ 1982, 3967)] por lo que esta discrecionalidad ha de ser apreciada teniendo en cuenta el concepto del interés público y la elección entre varias soluciones, atendiendo no a criterios estrictamente subjetivos de la Administración y su decisión quedó sometida al control jurisdiccional nunca sustituyendo en ese juicio valorativo a la

**OTRO LÍMITE  
ES EL RELATIVO A  
LA IMPROCEDENCIA  
DE DISCRECIONALIDAD  
ALGUNA CUANDO EL VICIO  
CONSISTE EN LA OMISIÓN  
EN EL PROCEDIMIENTO  
DEL INFORME TÉCNICO  
O DEL INFORME DEL  
SECRETARIO MUNICIPAL**

*Administración en la determinación de los elementos de oportunidad y conveniencia tenidos en cuenta a la hora de decidir.”*

En este mismo sentido, la STS de 17 de junio de 1991, RJ 4903, reitera que la adjudicación recaerá sobre la proposición más ventajosa “sin atender necesariamente al valor económico de la misma” (igualmente, STS de 3 de octubre de 1991, RJ 7622; STS de 6 de julio de 1999, RJ 6911; STS de 5 de octubre de 1999, RJ 9034; STS de 25 de septiembre de 2000, RJ 8416).

Interesa la STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, pronunciada en un contrato de recogida de basuras:

“Frente a la tesis de la sentencia recurrida, el proceso selectivo y las ofertas realizadas no quebrantan el objeto del contrato, pues la elección de la proposición más ventajosa no se ha de hacer sólo con criterios económicos sino atendiendo también a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato, pero cuando estos otros datos se producen en términos de igualdad, los principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos: en igualdad de ‘alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes’ y la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución.”

Después de precisar el alcance del control jurídico, por un lado, y del Informe técnico, por otro lado, interesa asimismo precisar mínimamente la función de la Mesa de contratación y del Secretario municipal. Según la STS de 13 de febrero de 2004, RJ 2004\2348: “La función de la Mesa no es decidir la adjudicación, sino ofrecer a través de sus observaciones elementos de conocimiento o juicio, que faciliten su cometido a la autoridad que ha de tomar aquella decisión (...)”. Igualmente la STS de 28 de febrero de 2005, RJ 3453.

Se corrobora, igualmente, la posibilidad de que la propia Corporación, ante las dudas que pueda plantearle la elección del adjudicatario, pueda pedir “el Informe de un titulado experto, en función del cual resolvió, circunstancia que de por sí excluye plenamente cualquier afinidad con la idea de una actuación arbitraria (...)”, según la STS de 8 de noviembre de 1999, RJ 1999\9574.

También importa destacar que, según la STS de 21 de marzo de 1986, RJ 986\2320, “es lo cierto que la creación de una ponencia técnica no limita la facultad de la Mesa de Contratación de solicitar los asesoramientos o informes que tuviera por conveniente (...)”.

Y en la STS de 6 de diciembre de 1983, RJ 6791, se declara la nulidad de la adjudicación por falta del Informe del Secretario municipal.

## **2. EL LÍMITE JURÍDICO DE LA ARBITRARIEDAD. SELECCIÓN DE UN EJEMPLO: LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO COMO DESIERTO Y LA POSTERIOR INTRODUCCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO NEGOCIADO**

Está asentado el criterio jurisprudencial, rector en materia de adjudicaciones contractuales, según el cual la declaración de un concurso como desierto ha de obedecer a unas razones especiales que justifiquen dicha declaración. En torno a esta situación, nuevamente, la declaración de un concurso como desierto podrá ser legítima si se hace un uso correcto de la discrecionalidad administrativa. Pero es una situación esta que puede propiciar abusos, aunque no necesariamente. En todo caso, esta situación nos permite ejemplificar la doctrina de la arbitrariedad como límite de la discrecionalidad en la fase de selección del contratista o adjudicación del contrato.

Es evidente que la motivación habrá de ser especialmente exigente en caso de que la Administración opte por declarar desierto un concurso cuando la “razón” sea la existencia de un precio inadecuadamente bajo, ya que el precio más bajo es un criterio importante, aunque no único, favorable a la adjudicación del contrato al licitador que presente una oferta en mejores condiciones económicas para la Administración.

Estas afirmaciones cobran una contundencia mayor aún si cabe cuando se presentan dos concursantes y uno de ellos está en condiciones de asumir la realización del contrato en los términos definidos por el Pliego de condiciones que, como es sabido, es ley del contrato para Administración y oferentes.

En tales condiciones, la declaración como desierto de un concurso para, acto seguido, declarar la apertura de un procedimiento negociado sin publicidad (invitando a los mismos dos concursantes que intervinieron en el procedimiento abierto de contratación) parece situarse en una difícil, si no imposible, situación, en aras de explicar el porqué de este tipo de declaraciones.

Asistimos al riesgo de que la declaración como desierto del concurso esté persiguiendo la sutil estrategia de descartar la mejor oferta por esta vía para, seguidamente, elegir libremente (conforme a lo que es propio del procedimiento negociado referido) por parte de la Administración.

Todo ello puede llegar a representar la consumación de una estrategia fraudulenta a fin de desembarazarse del mejor oferente con pertinaz empeño en conceder la adjudicación al otro candidato, de tal modo que si no es posible dicha adjudicación en el momento de la adjudicación posterior a la tramitación del procedimiento abierto, esto se haga como sea, es decir, previa apertura de un procedimiento negociado que manipula con anterioridad la decisión del concurso al declararlo la Administración desierto.

Tal como recuerda oportunamente la propia jurisprudencia, el hecho de acudir a un procedimiento negociado otorga a la Administración “la libertad de seleccionar al empresario que estime oportuno, con la sola condición de que el empresario así seleccionado debe

serlo justificadamente, justificación que rectamente entendida no significa que la Administración haya de atenerse a los principios propios del concurso y de la subasta, y por tanto no está vinculada, a la hora de elegir al contratista, ni por la oferta que contenga el precio más bajo, ni siquiera por la proposición más ventajosa (...), porque si así fuera se estaría desvirtuando lo que es de esencia del procedimiento negociado, que es la discrecionalidad de que dispone la Administración para elegir al contratista (...)” (STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2005, JUR 268919; igualmente, STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2002, JUR 253473).

La doctrina (M. VINYOLÉS CASTELLS, *La adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid 1995, págs. 175 y ss.) destaca igualmente los riesgos del procedimiento negociado, al permitir que la Administración se libere de las exigencias de publicidad y de concurrencia que son la esencia del contrato administrativo. En idéntico sentido M.J. GARCÍA GARCÍA, en *Casos prácticos comentados de Derecho autonómico valenciano*, Valencia, 2004, pág. 289).

Estos razonamientos o conclusiones se apoyan en la doctrina jurisprudencial aplicable a los casos de declaración de desierto de los concursos, incidiendo en los límites de este tipo de declaraciones que tan claramente establece la jurisprudencia de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

Tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, “la potestad discrecional no impide que por esta jurisdicción contencioso-administrativa pueda ejercer un control de esa discrecionalidad como afirma reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, pudiendo citarse entre otras por vía de ejemplo la S de 4 de abril de 1988”.

Como apunta la Junta Consultiva de la Contratación, en su Informe 39/99, de 10 de junio de 1999, sobre la facultad de declarar desierto el contrato se ha manifestado que tras la Ley 13/1995 se ha disminuido el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto el contrato, al haber tenido una influencia decisiva en la nueva redacción las Directivas comunitarias.

Expresamente este Informe de la Junta Consultiva de la Contratación indica textualmente que “el artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas literalmente establece que ‘la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 87, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego’. Si se observa que, a diferencia de la legislación anterior, se exige expresamente que el declarar desierto un concurso ha de hacerse por resolución motivada en todo caso y que esta motivación ha de hacer referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego, fácilmente puede sostenerse que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha disminuido

el grado de discrecionalidad de la facultad de declarar desierto un concurso y sólo debe admitirse cuando las distintas ofertas no se ajustan a las condiciones exigidas en el concurso que figuran en los pliegos y, a la inversa, que cuando una o varias ofertas se ajustan al pliego no existirá la posibilidad de declarar desierto el concurso, sino que será procedente su adjudicación a la oferta que deba considerarse la más ventajosa económicamente. Por lo demás esta tesis aparece confirmada por los artículos 140.1.a), 160.2.e), 182.1.a) y 210.1.a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que, por influjo de las Directivas comunitarias, se admite la utilización del procedimiento negociado cuando las ofertas en un procedimiento abierto o restringido sean irregulares o inaceptables [artículos 140.1.a), 182.1.a) y 210.1.a) o no se hayan declarado admisibles (artículo 160.2.e)] diferencia terminológica al que no hay que atribuir significado alguno, pues la idea a la que responden todos estos artículos es la de ofertas que no se ajustan a las condiciones del pliego y, por tanto, son inaceptables o inadmisibles, procediendo declarar desierto el concurso del procedimiento abierto o restringido. El supuesto anterior se diferencia del de falta de licitadores o no admisión de los mismos, no de sus ofertas, a que se refieren los artículos 141.a), 160.2.e), 183.a) y 211.a) de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que las diferencias terminológicas que en estos artículos y apartados se observan, falta o no admisión de licitadores [artículo 141.a)], falta de licitadores [artículo 160.2.e)], no presentación de proposiciones [artículos 183.a) y 211.a)] tengan trascendencia alguna, pues todos los supuestos pueden reconducirse al de falta o no admisión de licitadores”.

Conviene profundizar en los límites de esta facultad administrativa excepcional de declaración de desierto de un concurso, ya que puede desvirtuar la propia esencia del procedimiento de licitación y su principio de concurrencia. Así, se insiste en la motivación especial en estos casos por la Sentencia del TS de 17 de junio de 1991 reiterando que la Administración tiene alternativamente la facultad de adjudicar el contrato “a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma” o declarar desierto el concurso. Esta facultad tiene un evidente carácter discrecional que, sin embargo, no puede ser interpretado como arbitrario, porque, como actuación administrativa, puede ser revisada por los Tribunales de esta jurisdicción, con el fin de comprobar la legalidad del acuerdo y evitar una desviación de ese poder, teniendo en cuenta la finalidad de aquel acto discrecional, que

**ESTÁ ASENTADO  
EL CRITERIO  
JURISPRUDENCIAL SEGÚN  
EL CUAL LA DECLARACIÓN  
DE UN CONCURSO  
COMO DESIERTO  
HA DE OBEDECER A UNAS  
RAZONES ESPECIALES  
QUE JUSTIFIQUEN DICHA  
DECLARACIÓN**

no es otra que la mejor protección de interés público. Para ello es indispensable que la Administración motive su acuerdo exponiendo las razones que le han llevado a escoger el adjudicatario entre los licitadores o a declarar desierto el recurso.

Sin ánimo exhaustivo la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 2003, RJ 8152, declara también improcedente la no adjudicación, por haberse declarado desierto el concurso, por ausencia de suficiente motivación.

O la STS de 31 de octubre de 1994, RJ 7826, afirmando la improcedencia de esta declaración si se cumplen los pliegos por alguno de los concursantes (igualmente, la STS de 2 de octubre de 2000, RJ 9125).

O la STS de 22 de diciembre de 2003, RJ 9152, reiterando la anulación de la declaración como desierto del concurso del contrato de obras, ya que no es suficiente para ello el alegar por la Administración la conveniencia de una mayor concurrencia.

De este modo, las sentencias que declaran conforme la declaración del concurso como desierto son fallos referidos a una actuación motivada de la Administración pública. Interesa la STS de 21 de julio de 2000, RJ 7758:

“1) La facultad de dejar desierto el concurso concedida en el último párrafo del artículo 36 de la LCE/1965, interpretada a la luz de la prohibición de arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución Española, autoriza ciertamente a considerar que tal facultad no es absoluta, y que, consiguientemente, toda decisión que en ejercicio de la misma sea adoptada deberá estar legitimada con una motivación que consigne las concretas razones de interés general que la determinen.

2) Los criterios de adjudicación que se incluyan en el pliego del concurso de que se trate tienen el valor que a ese concepto corresponde: servir de pauta u orientación a la decisión que haya de adoptarse, pero dentro de ese espacio de libertad legalmente reconocido en cuanto a la alternativa de adjudicar o declarar desierto el concurso. Es decir, esos criterios cumplen el papel de directriz de la decisión que haya de tomarse, pero no predeterminan su necesario contenido.

3) Como consecuencia de lo anterior, la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen, y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones.”

Por su parte, la STS de 20 de febrero de 1996, RJ 1381, afirma que, cuando se legitima la declaración de desierto, es a los efectos de conseguir una adjudicación posterior a otra empresa por un precio inferior al que resultaba de las ofertas de los concursantes que se presentaron al concurso.

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 28 de octubre de 2005 (JUR 2005\257656) anula una sentencia de un Juzgado de lo contencioso-administrativo ya que:

“El recurso debió de ser estimado en cuanto al fondo ya que lo que se ha producido es la invención de unas dificultades interpretativas inexistentes para justificar una respetable decisión política que no puede prevalecer frente al derecho en un Estado de Derecho, ya que a la vista del Pliego de Condiciones no existía dificultad de interpretación del pliego para una valoración conjunta de cada oferta de los licitantes, y la sentencia del Juzgado carece de razones de fondo sobre las supuestas dificultades de interpretación del pliego para realizar una valoración conjunta de dichas propuestas, por lo que el acuerdo del Ayuntamiento de Segovia es ilícito e ilícita la sentencia que lo confirma, ya que ha de tenerse en cuenta la renovación del control judicial sobre las decisiones del procedimiento de adjudicación de contratos impulsada por el Derecho de la Unión Europea, ya que no existen dificultades de interpretación y que sin razones son aceptadas por la sentencia impugnada, ya que las alternativas ofrecidas por el Ayuntamiento de Segovia no responden a la valoración conjunta sino parcial de las propuestas vulnerando lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre autorización para presentar variantes o alternativas que hayan de ser tenidas en cuenta por la Entidad recurrente. Que el acto de declaración de desierto del concurso por las dificultades de interpretación jurídica vulnera el artículo 89.4 de la LRJPA.”

“Ya que la valoración conjunta de las proposiciones no plantea problema de interpretación o aplicación del pliego, por cuanto la valoración conjunta ha de estar presidida por la regla de valorar el servicio que efectivamente prestará quien resulte adjudicatario de la concesión, porque según el pliego el mejor valorado desde esa perspectiva será quien preste el mejor servicio público y quien ostente el derecho a al adjudicación de la concesión, y que esa valoración conjunta lleva como corolario obligado que la proposición más ventajosa era la de la futura UTE, por lo que consecuencia obligada es el deber de indemnización de los daños y perjuicios como consecuencia de la ilícita declaración de desierto del concurso (...).”

“En el presente caso, la sentencia apelada ha sostenido que la decisión de declarar desierto el concurso se hallaba justificada en la existencia de dificultades que conllevaban la imposibilidad de determinar la oferta más ventajosa, sin embargo esta conclusión no resulta admisible a la vista del expediente administrativo y la prueba pericial practicada en el presente recurso, es cierto que la propuesta de adjudicación inicialmente realizada por la mesa de la contratación, no era válida para proceder a la adjudicación del contrato, pero ello no quiere decir que no pudiera formularse una propuesta de acuerdo con el pliego que permitiese dicha adjudicación, esta conclusión es fácilmente extraíble si se leen los informes a los que se alude en la sentencia, así en el informe del Jefe de Sección de Patrimonio y Contratación Don Alfredo Fernández Martínez obrante al folio 790 a 794, sólo dice expresamente en el folio 792 que debe existir una única propuesta de adjudicación, pero en ninguna parte de dicho informe se dice que ello resulte imposible y en el informe del Interventor al folio 799 igualmente lo único que dice, es que debió el informe de valo-

ración concluir con un listado único y homogéneo, en el que las ofertas hubieran sido valoradas en su conjunto con los criterios contenidos en el Pliego, con su baremación, permitiendo a la Mesa de Contratación efectuar una propuesta de adjudicación única y con arreglo a dichos criterios.”

La declaración del concurso como desierto ante la existencia de una oferta económicamente razonable para acudir posteriormente a un procedimiento negociado puede representar una desviación de poder en función de los elementos de juicio. En este sentido, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2004 (JUR 282457) afirma la improcedencia de tramitar un procedimiento negociado con posterioridad a la declaración de un concurso como desierto siempre que “conste la existencia de otros licitadores que pudieran estar interesados y que presentaran mejores ofertas”. A igual resultado llega la Sentencia de 10 de octubre de 2003 del TSJ de la Comunidad Valenciana (números de recurso 284/1998 y 775/1998)

Interesa también la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2005 (JUR 16420) al dejar claro “el carácter excepcional de la adjudicación directa en cuanto limita los principios de publicidad, de concurrencia e igualdad de oportunidades fundamentales en la contratación administrativa”, recogiendo o citando otras sentencias en este mismo sentido (FJ 3º).

Es decir, sería posible una declaración de desierto del concurso si las ofertas no se atuvieran al pliego. En tal caso, la adjudicación estaría viciada (STSJ de la Comunidad de Madrid de 10 de octubre de 2005, JUR 268919 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de abril de 2005, JUR 165201).

De la última de las sentencias citadas conviene destacar el contenido concreto del deber de motivar por referencia a la declaración de desierto del concurso:

“El artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que los actos administrativos serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Como tiene declarado la jurisprudencia, la motivación ha de ser en todo caso suficiente, es decir, que aún en el supuesto de ser sucinta o escuetamente breve, ha de contener la razón esencial de decidir, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el artículo 106 CE. Por otra parte, la exigida motivación administrativa es clave para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar, tanto *a priori* como *a posteriori*, en las relaciones entre la Administración y los administrados (TS 3ª, Sección 5ª, S. 15 de diciembre de 1999, entre otras). A esta doctrina se ha referido también el Tribunal Constitucional, precisando que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de la misma, concluyendo que lo trascendental de la motivación es evitar la indefensión (TC, 2ª, S. 122/1994, de 25 de abril) que, en todo

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

caso, habrá de ser real y efectiva y no meramente apariencia (TS 3ª S. 14 de junio de 1993).”

“Como expresa la STS 3ª, Sección 6ª, de 2 de abril de 2002, la motivación no significa un razonamiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, de la concreción de la adecuación del acto al fin previsto; por ello, para cumplir este requisito formal se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que ésta se deduce y resulta adecuada la resolución adoptada.”

Por otra parte, el debate sobre la declaración de desierto del concurso debe ponerse en comunicación de los concursantes, otorgando audiencia debida, tal como afirma la STS de 10 de junio de 1981, RJ 2603, a efectos de no dejar indefensos a los interesados.

Pueden por tanto manifestarse argumentos para concluir la existencia de una desviación de poder, en los términos que la entiende la STS de 27 de noviembre de 1998, RJ 1999\304:

“El vicio de desviación de poder, o ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico (artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción), se define por la concurrencia de las siguientes circunstancias (Sentencia de 19 de septiembre de 1992, RJ 1992\6934);

1) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador (que en el caso enjuiciado sería evitar la adjudicación del contrato a OLMSA, en beneficio de ‘Eurolimp, SA’, siendo así que la primera empresa era la que ofrecía las mejores condiciones económicas para la prestación de los servicios objeto del concurso);

2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho;

3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o ele-

**LA DECLARACIÓN  
DEL CONCURSO  
COMO DESIERTO ANTE  
LA EXISTENCIA DE UNA  
OFERTA ECONÓMICAMENTE  
RAZONABLE PARA ACUDIR  
POSTERIORMENTE  
A UN PROCEDIMIENTO  
NEGOCIADO PUEDE  
REPRESENTAR UNA  
DESVIACIÓN DE PODER  
EN FUNCIÓN DE LOS  
ELEMENTOS DE JUICIO**

mentos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.”

Es conocida la doctrina de C. CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid 1989, págs. 131 y 132, donde pone de manifiesto el cambio de orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitiendo que “es suficiente la convicción que se forme el Tribunal sobre la existencia de desviación de poder, doctrina jurisprudencial exigible tras la Constitución Española y su artículo 24 *excluyendo la necesidad de invocar y acreditar la probatio diabólica que sería la demostración total y absoluta de la desviación y que en muchos casos causaría la indefensión del administrado*”.

### 3. LAS BAJAS TEMERARIAS

Es preciso señalar que cuando la Administración quiere excluir una oferta por considerarla anormalmente baja o temeraria la legislación de contratos le obliga a iniciar un procedimiento de verificación de la misma, el cual no se ha llevado en el presente caso, razón por la cual se ha producido una nulidad absoluta, por ausencia de procedimiento, de la decisión administrativa impugnada.

La jurisprudencia del Alto Tribunal de la Unión Europea así lo ha confirmado, por ejemplo, en su Sentencia de 16 de octubre de 1997, asunto C-304/96 y, especialmente, en la STJCE de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285 y C-286/99; o también el Tribunal de Primera Instancia en su STPI de 14 de octubre de 1999, asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97.

Esta jurisprudencia es asumida por el STS de 4 de julio de 2003, RJ 4592, cuando sigue expresamente “la doctrina jurisprudencial del TJUE (en Sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88 Fratelli Costanzo) que al pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Administrativo regional de la Lombardía, establece que el apartado quinto del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo prohíbe a los Estados miembros adoptar disposiciones que prevean la exclusión de oficio de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras de determinadas ofertas valoradas según un criterio matemático, en lugar de obligar al órgano de contratación competente a aplicar el procedimiento de verificación contradictoria previsto en la Directiva y autoriza a los Estados miembros a establecer, con carácter obligatorio, la verificación de las ofertas cuando se manifiesten como anormalmente bajas y no, únicamente, cuando manifiestamente revistan un carácter anormalmente bajo”.

Para las directivas comunitarias de contratación pública el criterio de adjudicación no es otro que la oferta económicamente más ventajosa. El precio es el elemento esencial de los concursos. Tal como gráficamente recoge la STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-

19/00, “la directiva 71/305 deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar *la oferta más ventajosa económicamente*” sin que “la entidad adjudicadora tenga una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate”.

El precio es, además, el criterio rector en materia de adjudicaciones públicas por concurso, al enumerarse en la legislación (concretamente, por el artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) como primer criterio aplicable: “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, **tales como el precio**, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla”.

En efecto, como afirma la jurisprudencia, existen una serie de **criterios establecidos en el TRLCAP y su reglamento de desarrollo** (Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) para determinar cuándo nos encontramos ante una baja temeraria y cómo ha de actuar la Administración en tal caso; es decir, existe procedimiento legal y reglamentario de verificación con el fin de concluir que la oferta es anormalmente baja, que procedemos seguidamente a examinar.

Según el artículo 86 del TRLCAP 2/2000:

“3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.”

En los supuestos de ofertas temerarias o desproporcionadas en el marco de un contrato que se adjudican mediante concurso se remite el artículo 86.4 del TRLCAP a lo dispuesto para las subastas en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir. Es conveniente, pues, reproducir el texto del citado artículo 83 del TRLCAP 2/2000:

“2. El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes:

a. (...).

b. Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.

La Mesa de contratación notificará aquella circunstancia a los interesados y el plazo indicado en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo se ampliará al doble.

3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

4. El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

5. Cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20% del importe de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36.4.”

Debe seguirse el criterio previsto en la legislación. De ahí que no sea infrecuente la jurisprudencia que aplica este criterio legal y, así, por todas, puede verse la STS de 28 de enero de 2002, RJ 2584, donde se ilustra de las distintas actuaciones que ha de seguir la Administración contratante cuando considere que una oferta ha presentado un precio excesivamente bajo, y entre ellas la “comunicación mediante telefax a las empresas para que a la mayor brevedad posible remitiesen por escrito que sus ofertas son suficientes para cumplir los compromisos establecidos en los Pliegos de Cláusulas administrativas (...)”.

Además, debe considerarse el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas donde se recogen **los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias**. De acuerdo con el citado precepto, se considerarán, en principio, despro-

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

porcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

b) Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

c) Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

d) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.”

En este sentido, la STPI de 14 de octubre de 1999 recuerda que “el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando una entidad contratante ha señalado en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas. Además, se ha declarado que el procedimiento de comparación de las ofertas debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas” (STPI de 14 de octubre de 1999, asuntos acumulados T-191/96 y T-106/97).

En todos estos casos la pretensión anulatoria puede reforzarse con la indemnizatoria apoyada en el consolidado criterio jurídico de responsabilidad administrativa derivada de un acto administrativo ilegal. Según la STS de 11 de mayo de 1999, RJ 1999\5029 procede el “reconocimiento del derecho al recu-

**CUANDO  
LA ADMINISTRACIÓN  
QUIERE EXCLUIR UNA  
OFERTA  
POR CONSIDERARLA  
ANORMALMENTE BAJA  
O TEMERARIA LA  
LEGISLACIÓN  
DE CONTRATOS  
LE OBLIGA A INICIAR UN  
PROCEDIMIENTO  
DE VERIFICACIÓN  
DE LA MISMA**

rente a la indemnización de daños y perjuicios” como “consecuencia de la estimación de que los actos impugnados no son ajustados a Derecho, al haberse adjudicado el concurso a quien no resultaba procedente dicha adjudicación”. Y artículo 71.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 106 de la Constitución en Española determina que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En desarrollo del precepto constitucional citado, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece ese derecho a indemnización de los particulares cuando la lesión sea causada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

#### **4. OTRAS INCIDENCIAS: CONSENTIMIENTO DE LAS BASES Y CASOS DE DEFECTOS DE LAS OFERTAS Y SUBSANACIÓN NO EXIGIDA**

Importante es que “si no se ha impugnado la convocatoria de un concurso ni sus bases, no cabe impugnar después el resultado de éste cuando le es desfavorable”. Tal como prevé la STS de 28 de septiembre de 2004, RJ 5977:

“Ciertamente es que razones derivadas de la doctrina de los actos propios, del criterio de aceptación de las cláusulas cuando se verifica la presentación de proposiciones, y de razones de seguridad jurídica, impiden que, si no se ha impugnado la convocatoria de un concurso ni sus bases, se impugne después el resultado de éste cuando le es desfavorable, según una reiterada doctrina jurisprudencial como la que se recoge tanto en el motivo del recurso, como en la sentencia recurrida, como, igualmente, en el voto particular de éste, y todo ello a tenor de lo que resulta de los artículos 80, 87 y 89, 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, mas sucede aquí que la sentencia recurrida aclara en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3, que lo que se impugna son los criterios de adjudicación que permiten analizar y valorar las proposiciones que se presentan, así como que, por el contrario tanto las cláusulas administrativas generales como las particulares como los pliegos de prescripciones técnicas son de ‘obligado’ cumplimiento y no son objeto, pues, de análisis ni de valoración, y que, según la propia sentencia, no cabe equiparar criterios de adjudicación (criterios en lo que habrá de basarse la decisión y bajo los que habrán de analizarse las distintas proposiciones) con los pliegos de referencia, razón por la que concluye el razonamiento, ‘no nos hallamos ante el supuesto del artículo 80 ya citado’, criterio este que también se recoge en el voto discrepante, en el que, después de aludir a la doctrina jurisprudencial reiterada y conocida de que los interesados no podrán impugnar los criterios o las bases fijadas en el pliego puesto que deberán hacerlo en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso, entiende que al fundarse el recurso en

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

la violación por las cláusulas de los derechos fundamentales invocando la nulidad radical y absoluta de ciertas cláusulas, se impone su examen desde tal perspectiva exclusiva, con cita de la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8201) que recoge las consideraciones de la parte recurrente pero entendiendo que quiebran en los supuestos en los que se invoquen vicios que comporten la nulidad radical o absoluta del acto, como resultaría de la violación de los derechos fundamentales que la parte invoca, y cierto es que en dicha sentencia se hace la salvedad de los supuestos de nulidad absoluta, lo que implica que sí es aceptable el examen, por esta vía, de tales criterios de adjudicación sin que, por ello, quepa alegar con éxito la infracción de dichos preceptos, pudiendo, además, destacarse, que la valoración de tales criterios verificados en la instancia no puede revisarse en casación, cuando no se impugna expresamente, concretando los argumentos en contra, y en vista de la naturaleza extraordinaria y específica de tal clase de recurso, por lo que también ha de desestimarse el motivo, al no ser tal valoración absurda, ilógica ni arbitraria, tal como recogió la Sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2003, con cita de otras anteriores en el mismo sentido.”

Otra incidencia que puede producirse es la falta de claridad de la cláusula de la oferta de un licitador. Es conveniente tener en cuenta sobre el particular los artículos 22, 81 y 83.6 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

### *Artículo 22. Aclaraciones y requerimientos de documentos.*

A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6.

### *Artículo 81. Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables.*

1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, y el Secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos.

2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

3. De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse.

Artículo 83. Apertura de las proposiciones.

6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento.

De esta regulación reglamentaria se deduce que tanto la subsanación como las aclaraciones que, en su caso, pueden realizar las empresas licitadoras se refieren a la documentación y certificados presentados de acuerdo con el artículo 79 del TRLCAP. Tanto para realizar las aclaraciones como para la subsanación se concede un plazo que se debe cumplir, en todo caso, antes de la apertura de las proposiciones.

Ello significa que el defecto de falta de claridad de la oferta de un licitador puede ser un defecto no subsanable, ya que no se trata de documentación y desde luego estamos en una fase posterior a la apertura de proposiciones.

La jurisprudencia confirma este extremo de que la subsanación y las aclaraciones se refieren a la documentación presentada (pueden verse las SSTs de 14 de noviembre de 1989, RJ 1989\8108; de 18 de julio de 1990, RJ 1990\6601; de 5 de diciembre de 1995, RJ 1995\9061, de 27 de noviembre de 1998, RJ 1999\304; o de STS de 11 de mayo de 1999, RJ 1999\5029, entre muchas otras).

En cuanto al momento procedente para realizar aclaraciones o subsanaciones, es ilustrativa la STS de 13 de mayo de 1986, RJ 1986\4581, que afirma que “tras la apertura de plicas no se permite interrupción alguna, ni siquiera por consecuencia de aclaraciones u observaciones que puedan formular los licitadores, únicamente admisibles con anterioridad a aquel acto (...)”.

Tal como deja claro la doctrina, el punto de partida es que “el acto de entrega de las proposiciones es una verdadera oferta, el contratista manifiesta la voluntad de concertar un contrato con la entidad pública y queda comprometido si es finalmente seleccionado”, de tal manera que “una vez entregada una proposición no puede ser retirada bajo ningún concepto” (M. VINYOLES CASTELLS, *La adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 104 y ss.)

No es por ejemplo subsanable la falta de bastanteo de poderes de un avalista (STS de 9 de mayo de 1994, RJ 3599). Tampoco es subsanable la falta de constitución de la garantía provisional (según el Informe 25/87, de 22 de diciembre de 1987, de la Junta consultiva de contratación administrativa; puede verse con otros ejemplos, junto a los referidos, tomados igualmente de F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*, Comares, Granada, 2004, págs. 323 y 324).

## Riesgos en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales

“Por supuesto, la oferta más ventajosa puede ser apreciada al tiempo de la adjudicación, aun cuando sea en un momento posterior cuando pudiera conocerse con toda precisión” (STJCE de 18 de octubre de 2001, C-19/00).

En este sentido, la STS de 2 de octubre de 2001, RJ 5873, niega que la Administración, al solicitar aclaraciones, pueda conceder la facultad de mejorar las ofertas o de modificar las proposiciones iniciales.

Es clara asimismo sobre el particular la virtualidad del Código Civil (lo que, por cierto, reafirma —en el ámbito de las adjudicaciones contractuales— la STS de 25 de mayo de 1999, RJ 5202: aplicación supletoria de las normas del Código Civil) en el sentido de que el hecho de “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad”.

En este sentido, el artículo 84 del Reglamento General de la LCAP “Rechazo de proposiciones” afirma: “si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Conviene asimismo no perder de vista que, en la propia sede administrativa, los motivos de confusión acarrear la nulidad de lo actuado (STS de 18 de marzo de 1995, RJ 2088 y STSJ de Madrid de 23 de enero de 2003, RJCA 2003\754).

### 5. CONCLUSIÓN

A mi juicio, ante un determinado supuesto, el recurrente puede tener la incertidumbre de saber si su interés jurídico será, para el órgano jurisdiccional, enjuiciado desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa o, en cambio, desde aquella otra de la arbitrariedad. Determinante resultará, junto a la fundamentación de la demanda, la prueba a los efectos

**SI NO SE HA IMPUGNADO  
LA CONVOCATORIA  
DE UN CONCURSO  
NI SUS BASES NO CABE  
IMPUGNAR DESPUÉS  
EL RESULTADO  
DE ÉSTE CUANDO  
LE ES DESFAVORABLE**

de que dicho órgano jurisdiccional finalmente encaje el supuesto dentro de la segunda situación referida. En definitiva, las sentencias siempre serán coherentes, pues guardarán una impecable apariencia de coherencia con el parámetro de discrecionalidad o de arbitrariedad seleccionado anteriormente por dicho órgano en función de su sensación en el caso concreto. La fundamentación de la demanda es necesaria para demostrar que el caso ha de enjuiciarse bajo la primera perspectiva. Pero habrá además que causar al órgano jurisdiccional la sensación de que el supuesto es arbitrario, en especial mediante una prueba adecuada.

**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.

**1. INTRODUCCIÓN**

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

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

En el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas comunitarias, los Estados miembros deben respetar los principios generales del Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en este sentido, las Sentencias de 8 de junio de 2000, Schlosstrasse, C-396/98, Rec. p. I-4279, apartado 44, y de 26 de abril de 2005, Goed Wonen, C-376/02, Rec. p. I-3445, apartado 32).

La STJCE de 11 de mayo de 2006, As. C-384/04, recuerda la necesidad de respeto de los principios generales del Derecho comunitario, y en particular los de seguridad jurídica y proporcionalidad, en un asunto que versa sobre la petición de decisión prejudicial acerca de la interpretación de los artículos 21, apartado 3, y 22, apartado 8, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

El artículo 21, apartado 3, de la Sexta Directiva permite en principio a los Estados miembros adoptar medidas en virtud de las cuales se obligue solidariamente a una persona a pagar el importe del IVA adeudado por otra persona que resulte ser deudora del mismo con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de dicho artículo.

Pues bien, por lo que respecta, más en concreto, al principio de proporcionalidad, el TJCE recuerda en su Sentencia de 11 de mayo de 2006 que, si bien es legítimo que las medidas adoptadas por los Estados miembros, sobre la base del artículo 21, apartado 3, de la Sexta Directiva, pretendan preservar con la mayor eficacia posible los derechos de la Hacienda Pública, no deben ir más allá de lo que es necesario para dicho fin. A este respecto, las medidas nacionales controvertidas en el asunto principal prevén que un sujeto pasivo distinto del deudor puede responder solidariamente junto con este último del pago del IVA cuando, en el momento en que se efectuó una entrega a tal sujeto, éste sabía, o podía razonablemente sospechar, que la totalidad o una parte del IVA correspondiente a dicha entrega, o a cualquier entrega anterior o posterior, quedaría impagado. Se presume que una persona pudo razonablemente tener sospechas de lo anterior si el precio pagado por ella era inferior al precio más bajo al que, de forma razonable, podía esperar encontrar dichos bienes en el mercado, o bien al precio pagado por esos mismos bienes en anteriores adquisiciones. Esta presunción puede ser refutada demostrando que el bajo precio pagado por los bienes se debe a circunstancias ajenas a la falta de pago del IVA.

Para el TJCE, aunque el artículo 21, apartado 3, de la Sexta Directiva autoriza a un Estado miembro a considerar a una persona responsable solidaria del IVA cuando, en el momento en que se efectuó la operación en que participó, ésta sabía o tendría que haber sabido que el IVA correspondiente a dicha operación, o a una operación anterior o posterior, quedaría impagado y a establecer presunciones a este respecto, no es menos cierto que tales presunciones no pueden estar formuladas de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil para el sujeto pasivo refutarlas mediante prueba en contrario. Estas presunciones provocan *de facto* un sistema de responsabilidad objetiva, lo que va más allá de lo necesario para preservar los derechos de la Hacienda Pública (apartados 31 y 32 de la STJCE de 11 de mayo de 2006).

En definitiva, recuerda el TJCE en su sentencia citada, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la normativa nacional controvertida en el asunto principal respeta los principios generales del Derecho comunitario.

### 3. FUENTES

En el período de referencia, sin grandes novedades, puede destacarse la **STJCE de 1 de junio de 2006, Comisión c. Grecia, As. C-475/04**, referente al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación al Derecho interno, manteniendo que la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el

dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto. Asimismo, el citado pronunciamiento recuerda que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones, prácticas o circunstancias internas ni dificultades prácticas para justificar la inobservancia de las obligaciones y plazos marcados por una Directiva.

### 4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica el número de sentencias recaídas ha continuado creciendo aunque no en número proporcional la importancia y novedades en el tratamiento de los recursos de anulación y omisión por parte de los tribunales comunitarios.

Entre estas sentencias hay que recordar la **STPI, Sala Tercera, de 6 de julio de 2006, As. T-391/03 y T-70/04**, en la que se determina que una respuesta denegatoria del acceso a un documento no produce efectos jurídicos pues para que se produzcan es necesario recurrir al Secretario General de la Comisión o por el director de la OLAF cuyas resoluciones producen efectos jurídicos que afecten a los intereses de los demandantes. Otra sentencia importante es la **STPI, Sala Quinta, de 4 de julio de 2006, As. T-304/02**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia determinó en el fundamento jurídico sexagésimo que “si un destinatario de la Decisión decide interponer un recurso de anulación, al Juez comunitario sólo se le somete la parte de la decisión que afecta a dicho destinatario. En cambio, las otras partes relativas a otros destinatarios, que no han sido impugnadas, no integran el objeto del litigio que el Juez comunitario ha de resolver”. Con fecha anterior debemos recordar la **STPI, Sala Primera, de 13 de junio de 2006, As. ac. T-218/03 a T-240/03**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia recordó que los dos requisitos acumulativos de la afectación directa como prerequisites del recurso de anulación son, en primer lugar, que el acto impugnado debe producir efectos directamente en la situación jurídica del particular y, en segundo lugar y de forma cumulativa, que este acto no debe permitir ninguna facultad de apreciación a sus destinatarios situación que se produce cuando la posibilidad que el Estado miembro tiene de no aplicar el acto comunitario es meramente teórica, por no existir duda alguna de su voluntad de que se produzcan las consecuencias de dicho acto.

Una de las sentencias más significativas recaídas durante este tiempo es la **STPI, Sala Quinta, de 7 de junio de 2006, As. ac. T-213/01 y T-214/01**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que “nada se opone a que un cliente final comprador de bienes o servicios pueda acogerse al concepto de interés legítimo en el sentido del artículo 3 del reglamento núm. 17 (...) esta apreciación no equivale a vaciar de su contenido esencial el concepto de interés legítimo al darle un sentido excesivamente amplio, ni da paso a una supuesta ‘acción popular’. En efecto, admitir que un consumidor capaz de acreditar un perjuicio para sus intereses económicos derivado de una práctica colusoria que denuncia pueda, por ello, tener un interés legítimo a efectos del artículo 3, apartado 2, del Reglamento núm. 17 no equivale a considerar que cualquier persona física o

jurídica dispone de tal interés”. En este supuesto, el partido político austriaco *Freiheitliche Partei Österreich*, invocó su condición de cliente de servicios bancarios en Austria y el hecho de haber resultado perjudicado en sus intereses económicos por prácticas contrarias a la competencia a los efectos de acreditar un interés legítimo para presentar una solicitud con objeto de que la Comisión constataste que dichas prácticas constituían una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

Finalmente, hemos de recordar la **STJCE, Gran Sala, de 2 de mayo de 2006, As. C-417/04 P**, en cuyo fundamento jurídico vigésimo primero el Tribunal de Justicia señaló que “el recurso de una entidad regional o local no puede asimilarse al recurso de un estado miembro, toda vez que el concepto de Estado miembro, a efectos del artículo 230 CE, párrafo segundo, únicamente va destinado a las autoridades gubernativas de los Estados miembros. Dicho concepto no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o entidades de ámbito inferior al Estado sin conculcar el equilibrio institucional previsto por el Tratado”.

### **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 y E) Medidas cautelares**

En el breve lapso de tiempo que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha introducido novedades significativas en la que es su reiterada jurisprudencia sobre estas materias. Es más, se puede afirmar que, en el período propuesto, el trabajo de la Curia comunitaria ha sido más intrascendente de lo que en conformidad cabría esperar.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia comunitaria nos ha brindado algunos elementos para la reflexión, tanto en lo que atañe a la temática cautelar, como en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales.

#### **Cuestiones prejudiciales**

En lo que respecta a las cuestiones prejudiciales, y en concreto a las **cuestiones prejudiciales de interpretación**, el Tribunal de Justicia no ha hecho sino insistir en la regla general de la admisibilidad y en recordarnos que el mecanismo prejudicial tiene carácter facultativo. Al primero de estos tópicos (motivos de inadmisión) se consagra la práctica totalidad de las sentencias que a continuación se reseñan.

## I. Derecho Comunitario

Así ocurre en el caso de la STJCE de 1 de junio de 2006, *Innoventif*, As. C-453/04 donde, frente a las alegaciones de la Comisión y del Gobierno español en cuanto a que la cuestión prejudicial planteada debía ser inadmitida (por falta de elementos de hecho y de derecho en la resolución de remisión, así como por referirse la interpretación solicitada a una norma de Derecho interno), el Tribunal de Justicia opta por declarar la admisión. Los argumentos que para ello utiliza son los siguientes.

En primer lugar, y respecto de la alegación de la Comisión (falta de elementos de hecho y de Derecho), la Corte Comunitaria responde que (apdos. 26 y 27 de la mencionada Sentencia):

“26. A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha insistido en la importancia de que el juez nacional indique las razones precisas que le han conducido a plantearse la interpretación del Derecho comunitario y a estimar necesario someterle a cuestiones prejudiciales. Así, dicho Tribunal ha declarado que es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio (...).

27. En el asunto principal, el órgano jurisdiccional remitente, por un lado, ha definido el contexto fáctico y normativo en el que se inserta la cuestión que ha planteado y, por otro lado, ha indicado de forma concisa pero suficiente que la razón que le condujo a plantear la cuestión prejudicial es que alberga dudas sobre si la exigencia, con arreglo al Derecho nacional, de un anticipo sobre los gastos previsibles en concepto de publicación del objeto social de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro y solicita la inscripción de su sucursal en el Registro Mercantil nacional puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento que el Tratado CE confiere a dicha sociedad.”

En segundo lugar, y en contestación a la tesis sostenida por el Gobierno español (esto es, que la interpretación solicitada versa sobre una norma de Derecho interno y no de Derecho Comunitario), el Tribunal de Justicia objeta (apdos. 29 y 30 de la Sentencia) que:

“29. A este respecto, ha de destacarse que la competencia del Tribunal de Justicia se limita exclusivamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario (...). Corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales así como el modo en que deben ser aplicadas (...).

30. En el asunto principal, si bien el órgano jurisdiccional remitente es el único competente, por un lado, para determinar si procede exigir un anticipo sobre los gastos como el previsto en el artículo 8 de la *Kosto* y, por otro lado, en su caso, para calcular su importe y denegar la solicitud de inscripción en el supuesto de impago, la cuestión de si cabe considerar la exigencia de tal anticipo como un obstáculo a la libertad de establecimiento compete al Tribunal de Justicia.”

También, a los motivos de inadmisibilidad, se consagra la **STJCE de 8 de junio de 2006, WWF Italia y otros, As. C-60/05**. En este caso, la Corte Comunitaria da réplica a las alegaciones formuladas por la Región de la Lombardía y de la *Associazione migratoristi italiani* (en adelante, ANUU) contra la remisión prejudicial objeto del fallo.

En efecto, tanto la Región de la Lombardía como la ANUU, mantienen que la cuestión prejudicial planteada no debería ser admitida, pues: a) alude a una cuestión de orden interno (nada más y nada menos que el reparto de competencias entre Estado y regiones en Italia) y b) la interpretación solicitada guarda relación, no con el Derecho Comunitario, sino con el Derecho interno o nacional (como también ocurriera en la Sentencia anterior).

El Tribunal de Justicia, por el contrario, llega a una resolución de sentido opuesto: la admisión del interrogante prejudicial planteado, y ello con base en las siguientes razones (apdos. 18 a 22 de la Sentencia):

“18. A este respecto, procede recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, si bien es cierto que, en el marco de una remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre cuestiones reservadas al Derecho interno de los Estados miembros ni sobre la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, puede, no obstante, proporcionar los elementos de interpretación del Derecho comunitario que permitan al órgano jurisdiccional nacional resolver el litigio de que conoce (...).

19. No sería así, ciertamente, en el supuesto de que fuera evidente que la disposición de Derecho comunitario sometida a la interpretación del Tribunal de Justicia no pudiera aplicarse (...). Sin embargo, no es éste el caso.

20. Del texto de las cuestiones prejudiciales, así como de los motivos de la resolución de remisión, se desprende que el órgano jurisdiccional nacional pretende que se interprete el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva en lo que atañe a las condiciones para el ejercicio, por los Estados miembros, de las excepciones que establece dicha disposición. El referido órgano jurisdiccional desea, en particular, que se le aclare el alcance de la mencionada disposición con respecto a su aplicación en el marco de una estructura estatal descentralizada.

21. Se deduce asimismo de la resolución de remisión que dicha interpretación del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos necesarios para poder pronunciarse sobre el litigio principal.

22. En estas circunstancias, debe considerarse admisible la remisión prejudicial.”

Los motivos de inadmisibilidad son, asimismo, objeto del pronunciamiento de un último grupo de sentencias en las que el Tribunal de Justicia, siguiendo la misma línea que en las anteriores, termina refutando los presuntos motivos de inadmisibilidad alegados por las partes y por la Comisión. A este grupo pertenecen, la **STJCE de 8 de junio de 2006, Sachsenmilch, As. C-196/05**; la **STJCE de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries**

## I. Derecho Comunitario

Belgium, As. ac. C-393/04 y C-41/05; así como, la STJCE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, As. C-212/04.

En la STJCE de 8 de junio de 2006, Sachsenmilch, As. C-196/05, una de las partes en el proceso (Sachsenmilch) arguye que, la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, debe ser inadmitida en razón de la inutilidad de la misma para la resolución del proceso principal (apdo. 14 de la Sentencia).

La posición del Tribunal de Justicia es del todo diferente. A juicio de la Curia Comunitaria, y sin dejar de ser cierto lo anterior (esto es, que la eventual irrelevancia de las remisiones prejudiciales puede ser motivo de inadmisión), afirma que debe tenerse en cuenta, en este caso concreto (apdo. 16 de la Sentencia), que:

“16. (...) contrariamente a lo que sostiene Sachsenmilch, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto principal considera que para su resolución es necesario no sólo comprobar si las características organolépticas de la *mozzarella* en bloques para pizza constituyen un criterio pertinente para proceder a su clasificación arancelaria sino, sobre todo, de manera más general, determinar si dicha *mozzarella* debe clasificarse como queso fresco en la subpartida 0406 10 de la NC. Por lo tanto, no procede que el Tribunal de Justicia se limite a responder la segunda cuestión planteada.”

En consecuencia, no cabe estimar la alegación de inadmisión presentada por Sachsenmilch.

Por su parte, en la STJCE de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries Belgium, As. as. C-393/04 y C-41/05, también se alude a la presunta inutilidad de las cuestiones prejudiciales suscitadas. Lo que se convierte en el argumento utilizado por el Gobierno Belga y por la Comisión, para fundamentar su petición de inadmisión. Se afirma en el caso de autos (apdo. 20 de la Sentencia) que las respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas: “... no tendrían repercusión alguna...” en el proceso principal.

La réplica del Tribunal de Justicia a este alegato no se hace esperar, llegando a idéntica solución (apdos. 23 a 26 de la Sentencia) que en las anteriores sentencias, a saber:

“23. (...) que, conforme a una reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 234 CE, corresponde a éste proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado (...).

24. Debe señalarse asimismo que, conforme a una reiterada jurisprudencia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Sin embargo, éste puede negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, en particular cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada por éste no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal (...).

25. Por lo que atañe al objeto de los litigios principales, es necesario señalar que, según se desprende de los autos y de los debates habidos ante el Tribunal de Justicia, en particular, de las explicaciones dadas por la demandante en el asunto principal, si bien las pretensiones de Air Liquide tienen por objeto el reembolso de los impuestos controvertidos, también pretenden cuestionar la validez de las disposiciones jurídicas que han creado tales impuestos.

26. En estas condiciones, procede responder a las cuestiones planteadas.”

La **STJCE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, As. C-212/04**, por último y también referida a las causas o motivos de inadmisibilidad, plantea la tesis de la impertinencia de la cuestión planteada.

Así es, tanto la Comisión (apdo. 33 de la Sentencia), como el Gobierno helénico (apdos. 34 a 38 de la misma), ponen en duda la pertinencia de la remisión prejudicial presentada. En esta ocasión, el argumento utilizado es que algunas de las cuestiones prejudiciales planteadas lo fueron antes de la entrada en vigor de una nueva norma nacional, que resolvía el problema a sustanciar en el proceso principal. Siguiendo esta lógica, la cuestión prejudicial preexistente debería ser inadmitida, pues resultaría inútil para la resolución del proceso principal a la par que impertinente, ya que tendría por objeto la interpretación de una norma de Derecho nacional y no de Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no comparte tales postulados y declara –por enésima vez– la admisibilidad de la cuestión remitida. Las razones que esgrime la Curia Comunitaria en esta ocasión son (apdos. 44 a 53 de la Sentencia) que:

“44. En el presente caso, es preciso reconocer sin embargo que no está claro que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente encajen en dicho supuesto.

45. Así, en primer lugar, por lo que respecta a las dudas formuladas por la Comisión sobre la pertinencia de la primera cuestión, consta en los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente que, para un número no despreciable de demandantes en el litigio principal, su primer contrato laboral de ocho meses con el ELOG fue celebrado antes del 10 de julio 2002, último día del plazo fijado para la adaptación del Derecho nacional a la Directiva 1999/70, o incluso antes del 10 de julio de 2001, fecha establecida en principio para la adaptación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a la Directiva. Por otra parte, también consta en estos autos que, para algunos de los demandantes, los siguientes contratos laborales de duración determinada con el mismo empleador no se celebraron hasta 22 días después de la expiración del contrato anterior.

46. Además, aun en el supuesto de que la República Helénica haya respetado los requisitos de forma exigidos para acogerse válidamente a la facultad de prorrogar hasta el 10 de julio de 2002 el plazo de adaptación del Derecho nacional a la Directiva 1999/70, tal adaptación se produjo en cualquier caso fuera de plazo, como el propio Gobierno helénico ha reconocido, ya que la primera medida de aplicación de la Directiva no entró en vigor

## I. Derecho Comunitario

en dicho Estado miembro hasta el mes de abril de 2003 (véanse los apartados 13 y 14 *supra*). Por lo demás, está claro que la primera cuestión se formuló teniendo en cuenta este retraso en la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la Directiva. Por último, las disposiciones del artículo 5 del Decreto Presidencial 81/2003 sólo se aplican a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de dicho Decreto.

47. Dadas estas circunstancias, resulta justificado que el órgano jurisdiccional remitente plantee la cuestión de la fecha a partir de la cual los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están sujetos a la obligación de interpretar el Derecho interno de conformidad con una directiva y, en particular, la de si tal obligación existe desde la entrada en vigor de la directiva o, al menos, a partir de la expiración del plazo fijado a los Estados miembros para que adapten a ella su Derecho interno.

48. No obstante, el examen de la cuestión del alcance de la obligación de interpretación conforme a que están sujetos los órganos jurisdiccionales nacionales sólo tiene sentido en la medida en que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a una o varias de las demás cuestiones planteadas pueda llevar al órgano jurisdiccional remitente a examinar la conformidad de una norma de su Derecho interno con las exigencias del Derecho comunitario. Por lo tanto, procederá analizar la primera cuestión, en su caso, en último lugar.

49. En segundo lugar, por lo que respecta a las cuestiones segunda y tercera, procede señalar que continúa discutiéndose ante el órgano jurisdiccional remitente cuál de los tres Decretos Presidenciales, 81/2003, 164/2004 y 180/2004, es el que debe aplicarse a la situación de los demandantes en el litigio principal, y que únicamente a dicho órgano jurisdiccional le corresponde pronunciarse a este respecto.

50. Por lo demás, no se ha negado que algunos de los demandantes en el litigio principal no pueden acogerse a las disposiciones transitorias establecidas en la normativa referida específicamente al sector público que la República Helénica adoptó en 2004.

51. Habida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, no es válida la alegación de que, en el presente asunto, se está pidiendo al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuestiones carentes de pertinencia para la resolución que deberá dictar el órgano jurisdiccional remitente.

52. En efecto, ni la resolución de remisión ni los autos transmitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional contienen dato alguno que haga dudar de la realidad del litigio principal ni de la apreciación efectuada por este último sobre la necesidad de una resolución de carácter prejudicial que le permita zanjar el litigio con arreglo a las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones que le ha planteado.

53. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.”

Dejando ya a un lado los pronunciamientos prejudiciales que tienen por objeto examinar los requisitos de admisibilidad, y de los que nos venimos ocupando desde el inicio

de este epígrafe, hay que otorgar una mención especial a la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de junio de 2006, Dancer vs. Consejo, T-47/02**.

En efecto, es ésta una sentencia ciertamente singular. Singularidad que deriva de la concurrencia en la misma de dos notas peculiares. En primer lugar, el hecho de tratarse de un pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia, lo cual no deja de ser excepcional cuando de cuestiones prejudiciales se trata. Y en segundo lugar, porque dicha sentencia es el resultado de una decisión del Tribunal de Primera Instancia en relación, no con el planteamiento de una cuestión prejudicial, sino con una demanda de indemnización y con la declaración de invalidez de una decisión comunitaria; lo que es más insólito aún.

En cualquier caso, y en lo que aquí nos interesa, lo más relevante del contenido de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de junio de 2006, Dancer vs. Consejo, T-47/02 es que establece con meridiana claridad, cuándo es facultativo y cuándo obligatorio el planteamiento de una cuestión prejudicial.

Así es, el Tribunal de Primera Instancia nos viene a recordar: 1) que en el marco del proceso prejudicial, la remisión de una cuestión de esta naturaleza por parte de un órgano jurisdiccional interno tiene, en general, carácter facultativo, y 2) que, sólo en determinados supuestos excepcionales (fundamentalmente, cuando el órgano jurisdiccional interno alberga dudas acerca de la validez de la norma comunitaria o cuando sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso según las reglas procesales internas), aquella facultad se transforma en obligación.

Acertadamente, el Tribunal de Primera Instancia establece (apdos. 32 a 38 de la citada sentencia) que:

“32. En efecto, procede recordar que, según la jurisprudencia, en caso de que un particular se considere lesionado por la aplicación de un acto normativo comunitario que estima ilegal, cuando se confía a las autoridades nacionales la aplicación del acto, dispone de la posibilidad de impugnar, con motivo de dicha aplicación, la validez del acto ante un órgano jurisdiccional nacional en el marco de un litigio entablado contra la autoridad nacional. Dicho órgano jurisdiccional puede, o incluso debe, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 234 CE, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión sobre la validez del acto comunitario de que se trate (...).

33. En el presente caso, habida cuenta de que los demandantes aspiran, en definitiva, a obtener la anulación de las resoluciones nacionales debido a que se basan en las disposiciones del Derecho austríaco adoptadas con arreglo a las disposiciones supuestamente ilegales de las Directivas Primera y Cuarta sobre sociedades, que constituyen actos normativos comunitarios de alcance general, procede considerar que, en el sistema de recursos previsto en el Tratado, el cauce jurídico apropiado consistía en solicitar al órgano jurisdiccional nacional que conoce del recurso contra dichas resoluciones que se planteara una cuestión

## I. Derecho Comunitario

prejudicial sobre la validez de tales disposiciones controvertidas ante el Tribunal de Justicia, único competente para declarar la invalidez de éstas, en su caso (...).

34. La única circunstancia, invocada por los demandantes, de que tanto el *Oberlandesgericht Linz* como el *Oberster Gerichtshof* desestimaron sus recursos en dicho sentido no puede llevar a una conclusión distinta.

35. Por el contrario, conforme a reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (...).

36. Es cierto que, conforme al artículo 234 CE, párrafo tercero, cuando se plantee una cuestión de interpretación del Derecho comunitario ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, éste estará obligado, en principio, a someter la cuestión al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial. No obstante, y sin perjuicio de los criterios que se desprenden de la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (...), en el supuesto de que la aplicación del Derecho comunitario sea tan evidente que no deje lugar a ninguna duda razonable (...), dicho órgano jurisdiccional, en el ejercicio de una facultad de apreciación que a él solo corresponde, puede no plantear al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho comunitario que se ha suscitado ante él (...).

37. Con mayor motivo, dicho órgano jurisdiccional no puede ser obligado a admitir toda petición de remisión prejudicial de apreciación de la validez de un acto comunitario que se plantee ante él. En efecto, no basta que una parte alegue que el litigio suscita una cuestión de validez del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional de que se trata esté obligado a considerar que tal cuestión se plantea en el sentido del artículo 234 CE (...). En particular, puede considerar que la validez del acto comunitario impugnado está fuera de dudas y que, por tanto, no procede preguntar al Tribunal de Justicia al respecto. Por ende, se declaró que el órgano jurisdiccional de que se trata puede examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentra fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante él, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido. En efecto, al actuar de este modo, no enjuicia la existencia del acto comunitario (...).

38. En el ejercicio de la competencia exclusiva de que disfrutaban en la materia, los órganos jurisdiccionales nacionales austríacos consideraron, en el presente caso, que los motivos invocados por los demandantes, dirigidos a impugnar la validez de las Directivas Primera y Cuarta sobre sociedades, no justificaban que se planteara al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de las disposiciones controvertidas de dichas Directivas.”

Recapitulando, de las sentencias prejudiciales de interpretación hasta aquí examinadas (tanto las referidas a los motivos de inadmisibilidad, como la concerniente a la facultad

u obligación de la remisión prejudicial) se infieren dos importantes reglas o principios prejudiciales de sobra conocidos por todos/as:

- a) La regla general de admisibilidad, en virtud de la cual y planteada una cuestión prejudicial, la misma sólo podrá ser inadmitida con base en *numerus clausus* de motivos jurisprudenciales tasados, debiendo aquéllos ser interpretados en forma restrictiva con la intención de que el mecanismo prejudicial pueda cumplir adecuadamente la finalidad y el propósito que tiene encomendado desde los textos de los Tratados.
- b) El principio de que el procedimiento prejudicial tiene carácter facultativo, salvo excepciones. Excepciones que no son otras que: 1) la existencia de dudas en cuanto a la invalidez del Derecho Comunitario, por parte del órgano jurisdiccional interno de remisión, y 2) la de aquellos supuestos en los que las decisiones de dicho órgano no sean susceptibles de ulterior recurso judicial, según su propia normativa procesal interna.

Afirmado lo anterior, y antes de poner punto y final a este epígrafe con la exposición de los aspectos más destacados de la única sentencia prejudicial de validez del período, no podemos dejar de citar la **STJCE de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera, As. C-466/04** y la **STJCE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, As. C-13/05**. Existen dos razones para ello. La primera, que éstas son también sentencias prejudiciales “interpretativas” y que, en consecuencia, quedan integradas en este rótulo. La segunda, que son las únicas dos cuestiones prejudiciales del período planteadas por órganos jurisdiccionales españoles.

La **STJCE de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera, As. C-466/04**, tiene por objeto: la interpretación de los artículos 22 y 36 del Reglamento CEE núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; así como, la interpretación de los artículos 10, 12, 49, 81, 82, 87 y 249 del Tratado de la Comunidad Europea. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio que tiene su causa en la negativa del Servicio Cántabro de Salud a hacerse cargo de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que incurrió el Sr. Acereda Herrera (residente en España), por recibir un tratamiento hospitalario en Francia; así como, los gastos que mereció un miembro de su familia que lo acompañó.

Con independencia de la cuestión de fondo (cuyo análisis remitimos al apartado correspondiente de esta Revista), lo trascendente de esta sentencia vuelve a ser la temática de inadmisibilidad. Una temática que, en este caso concreto y a diferencia de lo que hemos verificado en sentencias anteriores, se resuelve en base a una declaración de inadmisibilidad por parte del Tribunal de Justicia. Veamos, con algo más de detalle, la lógica argumental seguida por la Curia Comunitaria (apdos. 47 a 52 de la Sentencia señalada):

“47. Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularida-

## I. Derecho Comunitario

des del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (...).

48. No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (...).

49. La justificación de una cuestión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio (...).

50. En el caso de autos, como se desprende de la propia redacción de la cuarta cuestión y de los motivos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente en apoyo de dicha cuestión, ésta tiene como objeto someter a la apreciación del Tribunal de Justicia la posible existencia de una discriminación en perjuicio del beneficiario español a quien el sistema nacional no puede prestar un tratamiento médico en un plazo razonable y que se ha dirigido a un prestador privado español de asistencia sanitaria, en la medida en que tal beneficiario ya no tiene derecho con arreglo al Derecho nacional, desde el cambio normativo producido en 1995, a la asunción de los gastos sanitarios ocasionados con dicho prestador, salvo en caso de urgencia médica, mientras que el beneficiario a quien la institución competente autorizó a recibir tratamiento médico en otro Estado miembro tiene derecho a la asunción de tales gastos de conformidad con el artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 1408/71.

51. Es ineludible señalar, como hicieron los Gobiernos español y del Reino Unido en sus observaciones escritas, que esta cuestión no tiene relación con el objeto del litigio principal, que versa sobre el carácter reembolsable o no de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que han incurrido un beneficiario y la persona que lo acompañó a otro Estado miembro para recibir en él, con la autorización de la institución competente, asistencia hospitalaria.

52. Por lo tanto, no procede responder a la cuarta cuestión.”

En la **STJCE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, As. C-13/05**, también se resuelve un alegato de inadmisibilidad de la decisión prejudicial remitida.

Esta petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación, en lo que atañe a la discriminación por motivos de discapacidad, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y, con carácter subsidiario, sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad. Dicha petición se presentó, en el marco de un litigio entre la Sra. Chacón Navas y la sociedad Eurest Colectividades,

SA (en adelante, Eurest), en relación con un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad.

En lo que aquí nos interesa, se vuelve a formular ante el Tribunal de Justicia alegación de inadmisibilidad por parte de Eurest y de la Comisión. La motivación de la misma, en este caso concreto, no es otra que: a) la falta de elementos de hecho y de Derecho suficientes en el escrito de remisión (alegación planteada por la Comisión en apdos. 26 a 29 de la Sentencia), y b) la supuesta y palmaria claridad del precepto normativo comunitario discutido, lo que haría innecesaria ningún tipo de interpretación (alegación formulada por Eurest, en apdos. 31 de la Sentencia) al respeto.

Como ya ocurriera en todas las sentencias anteriores –a excepción de la presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y que acabamos de comentar–, el Tribunal de Justicia no aprecia la concurrencia de motivo alguno de inadmisibilidad (apdos. 32 a 34 de la antedicha Sentencia):

“33. (...) La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (...).

34. En el caso presente, al no concurrir ninguno de los mencionados requisitos, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.”

Con lo anterior, ponemos punto y final a las cuestiones prejudiciales de interpretación, para pasar a comentar los aspectos más destacados de la única sentencia prejudicial de validez dictada en este período.

En lo que atañe a las **cuestiones prejudiciales de validez**, y como viene siendo costumbre, el Tribunal de Justicia no se ha prodigado en exceso. Así, del total de treinta y seis sentencias estudiadas, tan sólo una es susceptible de ser incluida en esta categoría: la **STJCE de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, As. C-313/04**.

Es ésta una Sentencia significativa por dos motivos. El primero, que –como acabamos de señalar– es la única decisión prejudicial que versa sobre la validez de una norma de Derecho Comunitario. Y el segundo, que es de los pocos fallos prejudiciales que termina declarando la invalidez del precepto discutido.

En efecto, la **STJCE de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, As. C-313/04**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 del TCE por el *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* (Alemania), mediante resolución de 24 de junio de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de julio de 2004. Petición de decisión

## I. Derecho Comunitario

prejudicial que tiene lugar al interno del procedimiento entre: *Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk* y *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, procedimiento en el que también participa *Fonterra (Logistics) Ltd.*

Más concretamente, se trata de una solicitud de pronunciamiento prejudicial sobre la validez de los artículos 25, apartado 1, párrafo primero, y 35, apartado 2, del Reglamento CE núm. 2535/2001 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento CE núm. 1255/1999 del Consejo en lo que se refiere al régimen de importación de leche y productos lácteos, y a la apertura de contingentes arancelarios.

No nos es posible exponer aquí —y tampoco debemos hacerlo— las razones de fondo que arguye el Tribunal de Justicia para dar sentido a su fallo, pues corresponden a otros apartados de esta Revista. Lo que sí estamos obligados a subrayar es que, a diferencia de lo que viene siendo habitual (esto es, que la Corte Comunitaria rechace este tipo de alegaciones de nulidad), el Tribunal de Estrasburgo confirma la invalidez de los preceptos invocados en los términos siguientes:

“1) El artículo 35, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2535/2001 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1255/1999 del Consejo en lo que se refiere al régimen de importación de leche y productos lácteos y a la apertura de contingentes arancelarios es inválido en la medida en que dispone que las solicitudes de certificados de importación para mantequilla neozelandesa con derechos reducidos sólo pueden presentarse ante las autoridades competentes del Reino Unido.

2) Los artículos 25 y 32 del Reglamento núm. 2535/2001, en relación con los anexos III, IV y XII de este último Reglamento, son inválidos en la medida en que permiten una discriminación en la expedición de los certificados de importación para mantequilla neozelandesa con derechos reducidos.”

### Medidas cautelares

Es éste uno de esos apartados de esta crónica que, de sólo, suele quedar desierto. Ello se explica porque no es frecuente que, ni el Tribunal de Justicia ni los Abogados Generales, tengan la oportunidad de pronunciarse sobre este tema.

Sin embargo, y en esta ocasión, el Abogado General sí que lo ha hecho. En efecto, con motivo de la elaboración y presentación de sus **Conclusiones de 18 de mayo de 2006, Comisión vs. República Francesa, As. C-232/05**, el Abogado General (Sr. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer) ha enfrentado esta difícil materia.

A pesar de que es ésta una crónica de jurisprudencia (y no de Conclusiones de los Abogados Generales), y a pesar, también, de que no solemos reproducir fragmentos demasiado extensos de los documentos objeto de análisis, en este caso hemos hecho una excepción. Un excepción, o licencia, que entendemos plenamente justificada en razón,

tanto de la importancia del argumento en cuestión, como del hecho cierto de que no son muchas las ocasiones en las que nos topamos con un documento de tanto interés. Así pues, y en virtud de lo anterior, nos vamos a permitir reproducir literalmente la parte central de las reflexiones que el Abogado General formula al respecto del mecanismo cautelar. Reflexiones en las que se hace un recorrido por la práctica totalidad de los contenidos de fondo del tópico cautelar comunitario, a saber, el efecto directo, la primacía y la aplicación judicial del Derecho Comunitario. Confiamos en que el lector sabrá disculpar este pequeño exceso.

“44. Aun sobradamente conocidos, los fundamentos básicos del ordenamiento jurídico comunitario que a continuación se traen a colación no han de obviarse, pues son pertinentes para encuadrar la solución que se auspicia.

45. El periplo comienza con la sentencia *Van Gend & Loos*, (...) que consagró el efecto directo de las normas comunitarias, con las precisiones aportadas por las sentencias *Ratti* (...) y *Becker*, (...) en el sentido de que aparezcan, por su contenido, incondicionales y suficientemente precisas.

46. En las decisiones, como la controvertida en el presente asunto, esta cualidad se predica habitualmente (...) en virtud del tenor literal del artículo 249 CE, cuarto párrafo, que las proclama obligatorias en todos sus elementos, para todos sus destinatarios. Además, la ausencia de un poder discrecional de apreciación de los Estados miembros en cuanto al resultado de las directivas, pues sólo eligen la forma y los medios para alcanzarlo, no empee el efecto directo de tales normas. (...)

47. La idea expuesta en el punto anterior desvirtúa la afirmación de la República Francesa de que, en términos jurídicos, no se ha suspendido la Decisión 2002/14, sino las liquidaciones de las entidades territoriales, de suerte que las innegables repercusiones sobre la Decisión derivan inexorablemente del principio de autonomía procesal.

48. El razonamiento del Gobierno demandado supondría aceptar la quiebra del reparto de funciones diseñado por el Reglamento núm. 659/1999, que atribuye a la Comisión la facultad de valorar las ayudas y de exigir su devolución, y a los Estados miembros, la de seleccionar la fórmula para recuperar los subsidios declarados ilegales e incompatibles con el mercado común. De hecho, ese reparto de competencias provocaría consecuencias absurdas, permitiendo a los Estados miembros privar de impacto a los actos comunitarios con la argucia de dictar disposiciones de ejecución, fácilmente recurribles, para evitar o mitigar secuelas indeseadas, frenando la virtualidad de esos actos.

49. También ha de resaltarse el principio de primacía, inicialmente reconocido en la sentencia *Costa*, (...) que, en palabras de otro gran tratadista francés, proclamó ese concepto básico para el derecho comunitario en su conjunto, extendiéndolo sobre todo el derecho nacional, (...) con el corolario de hacerlo prevalecer, en caso de conflicto, frente al gobierno y a la administración, al poder legislativo o al judicial. (...)

## I. Derecho Comunitario

50. El acierto de estas ideas se evidencia en la sentencia *Simmenthal*, que asignó al juez nacional el deber de garantizar la plena eficacia de las normas comunitarias, (...) dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones estatales contrarias, aunque sean posteriores, sin necesidad de solicitar o de esperar su derogación previa por vía legal o por otro procedimiento constitucional. (...)

51. La contundencia de esas afirmaciones permite aprehender el correcto entendimiento del principio de autonomía procesal nacional: no se trata de devolver a los Estados miembros, siquiera parcialmente, la competencia de dictar normas o la de adecuar su aplicación a la conveniencia de sus intereses, sino de respaldar el efecto del derecho comunitario, facilitando su plena realización, (...) de manera uniforme, directa e inmediata. (...)

52. En esta perspectiva, la libertad de los Estados miembros de cara a las técnicas de implementación del acervo jurídico comunitario en sus ordenamientos se configura, pues, como un mecanismo de cooperación que persigue el mismo fin que el legislador de la Unión, contribuir a la plenitud de sus reglas jurídicas, no como una rémora capaz de detener ese ímpetu. Aunque el Tribunal de Justicia, a falta de una normativa comunitaria, remita a los procedimientos de cada uno de los Estados miembros, (...) estos últimos han de abstenerse de poner en peligro el logro de los objetivos del Tratado. (...)

53. Con estas premisas, cabría reprochar al Tribunal *administratif de Orleans* no haber obviado el artículo L 1617-5 del código general de las entidades territoriales para acelerar el cobro de las liquidaciones emitidas por las corporaciones territoriales implicadas, de igual modo que la sentencia *Factortame III* conminó a la *High Court of Justice* a soslayar el requisito del derecho inglés de probar un abuso en el ejercicio de una función (*misfeasance in public office*) para que los poderes públicos incurrieran en responsabilidad, lo que era inconcebible en el caso del legislador. (...)

54. Ahora bien, este juicio pecaría de precipitado, pues la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha temperado posteriormente su doctrina y enmarcado el principio de autonomía procesal, tal como se ha descrito en el punto 52 de estas conclusiones, dentro de unos límites más precisos. Conviene, por tanto, estudiar el desarrollo aportado mediante los conceptos de efectividad y de equivalencia.

(...)

55. Para la Comisión, los cinco años transcurridos desde la adopción de la Decisión 2002/14 hasta el recurso demuestran que Francia, con la salvedad de los 165.887,4 euros devueltos por *Procter & Gamble*, no ha recuperado la ayuda concedida ilegalmente a *Scott SA*, infringiendo así el artículo 14, apartado 3, del Reglamento núm. 659/1999.

56. Achaca esta situación al carácter automático de la suspensión del procedimiento en el ámbito nacional (...) que, junto con la ausencia de cualquier alternativa para compensar tal interrupción por otras vías, contraviene el principio de efectividad recogido en el referido precepto.

57. A este respecto, recuerda también los estrictos requisitos a los que la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia somete a los ordenamientos estatales para impedir que se prive de utilidad a los actos jurídicos comunitarios. Estima, en especial, que no se ha acreditado, en el caso de la subvención a *Scott SA*, la urgencia para evitar que la parte sufra un perjuicio grave e irreparable. (...)

58. Sobre la falta de recuperación en un breve plazo, Francia no alega una imposibilidad absoluta, sino haber hecho todo lo procedente para lograr el reembolso del beneficio acordado a *Scott SA*. Aduce, además, que cabe conseguir la devolución, dado el carácter provisional de la suspensión hasta que dicte sentencia el órgano jurisdiccional nacional.

59. Entiende que el principio de efectividad se basa en una interpretación histórica, para justificar su actuación, pues la versión definitiva del Reglamento núm. 659/1999 no incluyó una oración al final del artículo 14, apartado 3, que figuraba en el borrador previo, (...) según la cual '[l]os recursos interpuestos en virtud del derecho nacional carecerán de efecto suspensivo', omisión que demostraría la intención del legislador de la Unión de permitir esa coyuntura.

60. No me parece defendible la postura del Gobierno francés, por las siguientes razones:

61. El principio de efectividad nace en las citadas sentencias *Rewe y Comet*, (...) si bien su primera utilización data de la sentencia *San Giorgio*, (...) al declarar que 'un Estado miembro no puede supeditar la devolución de los impuestos nacionales recaudados en contra de las disposiciones del derecho comunitario a [...] reglas de prueba que hagan prácticamente imposible el ejercicio de tal derecho'. (...)

62. Después ha evolucionado en litigios sobre preceptos europeos que otorgaban facultades a los particulares, por lo que se ha subrayado la estrecha convergencia conceptual entre el principio y la obligación impuesta a los Estados miembros de procurar el acceso a los recursos judiciales a toda persona comunitaria cuyos derechos se vulneren, (...) emparentándolo, por coherencia intelectual, con el derecho a un proceso con todas las garantías (*droit au juge*). (...)

63. Cabría entonces discutir que la Comisión acuda a tal fundamento básico para exigir el acatamiento de sus decisiones, abriéndose el debate sobre su consideración como 'persona comunitaria'. Pero se ha de eludir esa polémica, pues el propio artículo 14, apartado 3, del Reglamento núm. 659/1999 deja claro que 'la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión'.

64. La impronta del principio de efectividad en esta norma resulta tan patente que la Comisión no necesita acreditar su calidad de persona comunitaria que persigue la reparación de una situación jurídica conculcada. No se trata de un principio general, pues aparece consagrado como imperativo legal en un acto normativo que arroja la pretensión del órgano comunitario.

## I. Derecho Comunitario

65. El argumento exculpatario argüido por las autoridades francesas, el supuesto agotamiento de todas sus capacidades de actuación, requiere una matización.

66. Ciertamente, las colectividades territoriales en cuestión procedieron a la emisión de liquidaciones, pasándolas al cobro a Scott SA con relativa premura. En la perspectiva de la administración pública, su impugnación en vía contenciosa operaba como tope de la recaudación, al suspenderse de manera automática su fuerza ejecutoria.

67. Pero, ante ese obstáculo de naturaleza jurídico-normativa, la jurisprudencia *Simmenthal* (...) debería haber inducido al juez francés a sopesar, al menos, la inaplicabilidad del artículo L 1617-5 del código general de las entidades territoriales para conseguir el pleno impacto de la Decisión 2002/14, toda vez que el aplazamiento mecánico de la ejecución no le impedía, en virtud de las sentencias *Kraaijeveld* y otros (...) y *Eco Swiss*, (...) apreciar de oficio la primacía del derecho comunitario, (...) tal y como se ha detallado previamente. (...)

68. Sin embargo, los tribunales franceses no pueden contrarrestar el efecto suspensivo *ex lege* en su propio ordenamiento jurídico, extremo sobre cuyas repercusiones me pronuncio más adelante.

69. Además, en aras de fortalecer el principio de efectividad, el Tribunal de Justicia coloca muy alto el listón para probar que el Estado miembro se ha atenido a sus obligaciones, a pesar de no haber logrado el reintegro del auxilio financiero declarado ilegal e incompatible con el mercado común.

70. Así, según una jurisprudencia reiterada, el único motivo de defensa para los Estados miembros en un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, es la imposibilidad de ejecutar correctamente una decisión. (...)

71. Pero las autoridades francesas niegan expresamente acogerse a esta causa de exculpación, por lo que no procede examinarla, pues no compete al Tribunal de Justicia aportar de oficio tales indicios.

72. Al aducir que hizo cuanto pudo, el Gobierno francés pretende introducir en la práctica judicial de este Tribunal de Justicia otro motivo de exculpación; mas, al no especificar el fundamento de ese motivo, parece escudarse en peculiaridades del ordenamiento jurídico interno, concretamente, en la aludida suspensión del efecto ejecutorio de las liquidaciones.

73. Pues bien, al amparo de una doctrina consolidada que rechaza ese tipo de excusas, (...) el Tribunal de Justicia ha descartado la idea de que, al adoptar la forma de un tributo retroactivo, la recuperación de la ayuda contravendría el derecho constitucional de un Estado miembro. (...) Si Francia estimara bastante la provisionalidad de la medida suspensiva para probar que aún cabe la recuperación, sería suficiente constatar el retraso acumulado, más de cinco años, para desvirtuar esa alegación.

74. En la misma línea de robustecer la efectividad del derecho comunitario, según la jurisprudencia, un Estado miembro, al ejecutar una decisión de la Comisión en materia de ayudas, ha de someter a la apreciación de esa Institución los inconvenientes imprevistos e imponderables que advierta, sugiriendo las modificaciones apropiadas. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro están obligados, en virtud de los deberes recíprocos de cooperación leal, que inspira el artículo 10 CE, a colaborar de buena fe para superar las dificultades con pleno respeto de las prescripciones del Tratado y, especialmente, de las relativas a las ayudas. (...)

75. Consta en autos que en ningún momento la actuación del Estado francés se ajustó a tales criterios, pues no emprendió reforma alguna de la norma litigiosa.

76. También debe desestimarse la alegación sobre la supresión de la última frase del borrador del Reglamento núm. 659/1999, para evidenciar que los recursos interpuestos con arreglo al derecho nacional despliegan efecto suspensivo.

77. La cita del dictamen del Comité de las Regiones, que incluye el Gobierno francés en su contestación a la demanda, (...) corrobora simplemente la prudencia del legislador comunitario al no invadir las competencias de los Estados miembros en materia de procedimientos de recuperación. Pero ese Gobierno yerra al deducir de semejante comportamiento que el efecto suspensivo se reputa lícito en cualquier situación, pues no puede sustraerse a los principios del derecho comunitario, cuya aplicación es innegable.

78. Al haberse retirado, en la versión definitiva, la última frase del artículo 14, apartado 3, del proyecto de Reglamento núm. 659/1999, se conserva el *statu quo*, ya que no se ha innovado el derecho de la Unión. Por consiguiente, persisten las pautas que este Tribunal de Justicia fijó en la sentencia *Zuckerfabrik*, antes mencionada, para que los órganos jurisdiccionales ordenen la suspensión de actos administrativos nacionales dictados en ejecución de normas europeas. Conviene insistir en que esa sentencia exigió los mismos requisitos implantados para acordar medidas provisionales en los procedimientos ventilados ante el Tribunal de Justicia. (...)

79. Para actuar de esa forma, el juez nacional ha de sopesar si concurren las condiciones que le habilitan para decretar el aplazamiento. Pues bien, manteniendo el carácter automático del precepto controvertido, el legislador francés presupone que se satisfacen esas condiciones en todos los pleitos a los que se aplique y en los que esté en juego la efectividad del derecho comunitario, en abierta oposición a la configuración excepcional de las medidas cautelares en el Tratado.

80. Además, impide a sus tribunales nacionales examinar si la eventual falta de impacto inmediato dejaría sin efecto el acto comunitario, a lo que están obligados por la referida sentencia, (...) dificultándoles apreciar de oficio el derecho comunitario, sobre todo cuando consta que el ordenamiento jurídico francés no prevé ninguna manera de neutralizar las consecuencias del artículo L 1617-5 del código general de las entidades territoriales. (...)

## I. Derecho Comunitario

81. Por tanto, la vigencia de ese precepto y, en particular, su incidencia en las liquidaciones emitidas para ejecutar lo sancionado en la Decisión 2002/14, no se adecuan al principio de efectividad, pues procura una protección cautelar desproporcionada, por otorgarse de forma mecánica, y priva al juez nacional de ejercer sus potestades dentro de los límites de la sentencia Zuckerfabrik.

82. En resumen, no cabe acoger la alegación del Gobierno demandado de que realizó todo lo posible para someterse a la Decisión 2002/14 y, en atención a todo lo expuesto, se ha de estimar que la República Francesa ha incumplido sus obligaciones al ejecutar ese acto comunitario mediante un procedimiento que restringe la efectividad del derecho de la Unión, con el corolario de que la ayuda ilegalmente concedida a Scott SA no se ha recuperado.”

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

Como viene siendo habitual desde la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, 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 éste 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

Sin embargo, en el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 15 de julio de 2006) no se ha dictado ninguna Sentencia por parte del Tribunal en esta materia.

**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 Constitución Europea relega la libre prestación de servicios a la Subsección 3.<sup>a</sup> (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 éste 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 (15 de mayo a 15 de julio de 2006), y tras varios meses sin pronunciamientos en esta materia, como ya dimos cuenta en el número anterior de la revista, se ha dictado una sola sentencia en esta materia, pero la cual destacamos por su enorme trascendencia práctica, que en el caso de España ha dado lugar a lo que se conoce como “turismo de hospital”, esto es, el desplazamiento a otro estado comunitario para recibir la atención hospitalaria que resulta demorada en el estado de origen.

Nos referimos a la **STJCE, Gran Sala, de 16 de mayo de 2006, Watts, As. C-372/04**, dimanante de una cuestión prejudicial, y que se centra en el habitual problema de los gastos médicos en que incurre un ciudadano europeo cuando se encuentra en otro Estado miembro de la Unión. Concretamente se pide la interpretación de los artículos 48 a 50 y 152.5 TCE, así como del artículo 22 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996. Según la Decisión núm. 153

## I. Derecho Comunitario

(94/604/CE) de la Comisión administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores migrantes, de 7 de octubre de 1993, relativa a los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y (CEE) núm. 574/72 del Consejo, el formulario E-112 es el certificado requerido para la aplicación del artículo 22.1.c), inciso i), del Reglamento núm. 1408/71.

La normativa británica está constituida por la Ley del Servicio Nacional de Salud de 1977, que es público y gratuito. No obstante, el presupuesto asignado al Sistema Nacional de Salud no basta para tratar con rapidez a todos los pacientes independientemente de la urgencia del caso, por lo que se establecen prioridades a fin de utilizar adecuadamente los recursos disponibles, lo que provoca unas listas de espera relativamente largas para los tratamientos menos urgentes. Son los organismos del Sistema de salud británico los que deciden cómo ponderar las prioridades clínicas, dentro de los límites de la dotación presupuestaria que se les ha asignado y respetando las directrices nacionales.

Pues bien, la Sra. Watts, recurrente en esta sentencia, padecía una artritis de caderas, y dadas las listas de espera en Gran Bretaña, se planteó la posibilidad de ser operada en el extranjero al amparo de un formulario E-112. Sin embargo, al ser reconocida por un especialista, éste denegó el modelo E-112 alegando que no se cumplían los requisitos del reglamento 1408/71.

El TJCE, en una larga sentencia, llegó a las siguientes conclusiones:

1ª) El artículo 22.2.2º del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, dice lo siguiente: “La autorización requerida en virtud de la letra c) del apdo. 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside”. Este artículo debe interpretarse en el sentido de que, para denegar legítimamente la autorización contemplada en el apartado 1.c), inciso i), de dicho artículo (“derecho a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia (...), según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente”), podrá denegarse invocando la existencia de un plazo de espera para un tratamiento hospitalario, la institución competente se encuentra obligada a acreditar que dicho plazo no sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado que tenga en cuenta todos los parámetros que caracterizan su estado patológico en el momento en que se presente o, en su caso, se renueve la solicitud de autorización.

2ª) El artículo 49 TCE se aplica a una situación en la que una persona cuyo estado de salud requiere asistencia hospitalaria se desplaza a otro Estado miembro y recibe en él dicha asistencia a cambio de una remuneración, sin que sea necesario analizar si las prestaciones de asistencia hospitalaria realizadas en el marco del sistema nacional al que dicha

persona está afiliada constituyen en sí mismas servicios a efectos de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios.

El artículo 49 TCE no prohíbe que la cobertura de la asistencia hospitalaria prevista en un establecimiento situado en otro Estado miembro quede supeditada a la obtención de una autorización previa de la institución competente. Pero por otra parte, la denegación de una autorización previa no puede basarse únicamente en la existencia de listas de espera destinadas a planificar y gestionar la oferta hospitalaria en función de prioridades clínicas determinadas de antemano con carácter general, sin que se haya procedido a una evaluación médica objetiva del estado patológico del paciente, de sus antecedentes, de la evolución probable de su enfermedad y de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad en el momento en que se solicite o se vuelva a solicitar dicha autorización.

Cuando se observe que el plazo derivado de dichas listas de espera sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las mencionadas circunstancias, la institución competente no puede denegar la autorización solicitada invocando como razones la existencia de tales listas de espera, la violación del orden normal de prioridades basado en el grado de urgencia respectivo de los casos pendientes, la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco del sistema nacional de que se trate, la obligación de destinar de antemano medios financieros específicos a la cobertura del tratamiento previsto en otro Estado miembro o la comparación entre el coste de dicho tratamiento y el de un tratamiento equivalente en el Estado miembro competente.

3ª) El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que la legislación del Estado miembro competente establezca la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco de un servicio nacional de salud, y de que la legislación del Estado miembro en el que un paciente afiliado a dicho servicio ha sido autorizado, o hubiera debido ser autorizado, a recibir tratamiento hospitalario a cargo de dicho servicio no prevea una cobertura íntegra del coste de dicho tratamiento, la institución competente debe conceder a dicho paciente un reembolso equivalente a la eventual diferencia entre, por una parte, el coste objetivamente cuantificado de un tratamiento equivalente en un establecimiento integrado en el servicio de que se trate, con un límite máximo, en su caso, correspondiente al importe global facturado por el tratamiento dispensado en el Estado miembro de estancia, y, por otra parte, el importe que la institución de este último Estado miembro esté obligada a cubrir por cuenta de la institución competente, en virtud del artículo 22.1.c), inciso i), del Reglamento núm. 1408/71, con arreglo a las disposiciones de la legislación de dicho Estado miembro.

Este artículo 22.1.c) pretende conferir un derecho a las prestaciones en especie efectuadas, a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el asegurado estuviera afiliado a la misma (STJCE de 23 de octubre de 2003, Inizan, As. C-56/01<sup>1</sup>). La aplicabilidad del artículo 22 del Reglamento núm. 1408/71 a

(1) Sentencia comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 73.

## I. Derecho Comunitario

la situación que se examina no excluye que, en virtud del artículo 49 TCE, el interesado pueda disponer paralelamente del derecho a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en condiciones de cobertura diferentes de las que establece dicho artículo 22 (STJCE de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros, C-368/98<sup>2</sup>).

Dicho artículo 22.1.c), inciso i), debe interpretarse en el sentido de que el derecho que en él se confiere al paciente afectado se refiere exclusivamente a los gastos de la asistencia sanitaria recibida por el paciente en el Estado miembro de estancia, es decir, tratándose de una asistencia hospitalaria, al coste de las prestaciones médicas propiamente dichas y a los gastos, indisolublemente unidos, de estancia del interesado en el establecimiento hospitalario.

El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que un paciente que ha sido autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él asistencia hospitalaria, o cuya solicitud de autorización ha recibido una respuesta negativa posteriormente declarada infundada, sólo tiene derecho a exigir a la institución competente que cubra los gastos accesorios de dicho desplazamiento transfronterizo por razones médicas en la medida en que la legislación del Estado miembro competente imponga a su sistema nacional una obligación de cobertura equivalente en el caso de un tratamiento dispensado en un establecimiento local integrado en dicho sistema.

4<sup>a</sup>) Por último, la obligación que el artículo 22 del Reglamento núm. 1408/71 y el artículo 49 TCE imponen a la institución competente, al exigirle que autorice a los pacientes afiliados a un servicio nacional de salud a recibir tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, a cargo de dicha institución, cuando el plazo de espera sobrepase el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva del estado y de las necesidades clínicas del paciente de que se trate, no vulnera el artículo 152.5 TCE.

### 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

(2) Sentencia comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 73.

En el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 15 de julio de 2006), se han dictado un total de tres sentencias en esta materia:

La primera de ellas es la **STJCE, Sala Segunda, de 1 de junio de 2006, Innoentif, As. C-453/04**, que tiene su origen en una decisión prejudicial. Concretamente la empresa inglesa Innoentif recurrió contra la denegación de su inscripción en el Registro Mercantil de una sucursal suya establecida en Alemania, debido a que Innoentif se había negado a pagar un anticipo sobre los gastos previsibles en concepto de publicación del objeto social que figura en su escritura de constitución, pago que es exigido por la normativa alemana relativa a la jurisdicción voluntaria.

A nivel comunitario, la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, *Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 TCE, para proteger los intereses de socios y terceros* (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3), se aplica a las sociedades de capital. Su objetivo es la protección de terceros que traten con dichas sociedades, establece, en particular, la creación de un expediente que recoja diversa información. Este expediente se tramitará para cada una de las sociedades inscritas en el Registro Mercantil territorialmente competente. Por su parte, la Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, conocida como 11ª Directiva (DO L 395, p. 36), se refiere a las sucursales de las sociedades de capital.

Para el TJCE, resulta conforme con la 11ª Directiva la exigencia, en el Estado miembro donde radica la sucursal de la sociedad establecida en otro Estado miembro, de la publicación íntegra del objeto social de las sociedades de responsabilidad limitada que solicitan la inscripción de sus sucursales en el Registro Mercantil. En efecto, el artículo 2.2.b) de la 11ª Directiva autoriza expresamente a los Estados miembros a exigir la publicación de la escritura de constitución y de los estatutos, si fueran objeto de un acto separado, de una sociedad extranjera en el momento de inscribir a su sucursal en el Registro Mercantil.

El Código de Comercio alemán, que se aplica por igual a las sociedades establecidas en el territorio nacional y a las establecidas en el extranjero, sólo exige la publicación del objeto social de las sociedades de responsabilidad limitada que solicitan la inscripción de una sucursal en el Registro Mercantil y no, como permite la 11ª Directiva, la publicación íntegra de la escritura de constitución de dichas sociedades.

En lo que respecta a la cuestión de si la exigencia de un anticipo sobre los gastos calculado en función de la publicación íntegra del objeto social es conforme con los artículos 43 y 48 TCE, procede examinar si tal exigencia constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento cuando obliga a la sucursal de una sociedad constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro a cumplir las normas del Estado de establecimiento relativas a los anticipos sobre los gastos previsibles de publicación. El TJCE, utilizando un criterio pragmático considera que la exigencia de un anticipo que no refleja sino los

## I. Derecho Comunitario

costes administrativos reales de una publicación de conformidad con la 11ª Directiva no puede constituir una restricción a la libertad de establecimiento en la medida en que no prohíbe, obstaculiza o hace menos interesante el ejercicio de esta libertad. Además, una normativa que, en circunstancias como las del asunto principal, exige el pago de un anticipo no puede colocar a las sociedades de otros Estados miembros en una situación de hecho o de Derecho desventajosa respecto de las de las sociedades del Estado miembro de establecimiento (STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare y otros*, C-70/95).

Por ello, la exigencia de un pago de tal anticipo sobre los gastos previsibles de publicación no constituye, para una sociedad de responsabilidad limitada establecida en un Estado miembro, un obstáculo al ejercicio de sus actividades, en otro Estado miembro, mediante una sucursal radicada en éste. Por consiguiente, los artículos 43 y 48 TCE no se oponen a una normativa de un Estado miembro que supedita la inscripción en el Registro Mercantil de una sucursal de una sociedad de responsabilidad limitada con domicilio social en otro Estado miembro al pago de un anticipo sobre los gastos previsibles en concepto de publicación del objeto social descrito en la escritura de constitución de dicha sociedad.

En segundo lugar, la **STJCE de 15 de junio de 2006, Comisión contra Francia, As. C-255/04**, en la cual se enjuicia la normativa francesa, concretamente el Código de Trabajo de 1973, referida, por una parte, a la actividad de colocación de los artistas y, por otra, a la actividad de artista. Se cuestionan dos cosas: la exigencia de obtener, en determinados casos, una licencia de las autoridades francesas sin que se tengan en cuenta las justificaciones y garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen, así como la sujeción de la concesión de una licencia a las necesidades del mercado.

Para el TJCE, el artículo 49 TCE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de los prestadores de servicios de los demás Estados miembros, sino también suprimir toda restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades de los prestadores de los demás Estados miembros que prestan legalmente servicios análogos en su Estado miembro de origen (SS de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-76/90, y de 25 de octubre de 2001, *Finalarte y otros*<sup>3</sup>). Esta libertad beneficia tanto al prestador como al destinatario de los servicios (SS de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, de 13 de julio de 2004, *Comisión/Francia*, C-262/02<sup>4</sup>).

La presunción de percepción de salario establecida por la normativa francesa constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 TCE. Aunque no prive a los artistas de que se trata de la posibilidad de desarrollar su actividad en Francia de forma independiente, entraña para éstos un inconveniente que puede interferir en sus actividades como prestadores de servicios. A fin de evitar que su contrato se califique de contrato de trabajo, deben probar que no actúan en cumplimiento de un trabajo por cuenta ajena, sino, por el contrario, con carácter independiente. Por lo tanto, la presun-

(3) Sentencia comentada en el número 14 de esta Revista (enero de 2002), págs. 65 y 67-68.

(4) Sentencia comentada en el número 25 de esta Revista (octubre de 2004), págs. 87-88, y en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 51.

ción de percepción de salario puede desanimar, por una parte, a los artistas de que se trata en cuanto a la prestación de sus servicios en Francia y, por otra, a los organizadores de espectáculos franceses a contratar tales artistas.

La libre prestación de servicios puede verse limitada por normativas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 46.1 TCE, en relación con el artículo 55 TCE, o por razones imperiosas de interés general, siempre que existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de tales intereses (STJCE de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93).

Debe examinarse si la presunción de percepción de salario controvertida, que implica la sujeción al régimen de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, así como al de las vacaciones retribuidas, puede justificarse al amparo de alguna de las razones mencionadas en la presente sentencia y si dicha medida es proporcionada con los objetivos perseguidos, o bien si existen medidas comunitarias de armonización que excluyen tal justificación. En relación con la protección social de los artistas de que se trata, no se descarta que, al igual que los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia, como los prestadores de servicios, puedan necesitar medidas específicas para garantizar una determinada protección social (STJCE de 15 de febrero de 1996 Kemmler, C-53/95). Así, la protección social de los prestadores de servicios puede, en principio, deberse a razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios. No obstante, en lo que atañe a la garantía de una seguridad social, debe recordarse que la cuestión de la legislación aplicable en materia de seguridad social de los prestadores de servicios es objeto de una coordinación comunitaria. En efecto, del artículo 13.1 del Reglamento 1408/71, en relación con los artículos 4 y 14 bis.1.a), de ese mismo Reglamento, se desprende que las personas que desarrollan una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y que realizan temporalmente un trabajo en el territorio de otro Estado miembro siguen estando sujetas a la legislación del primer Estado miembro. Según el sistema establecido por dicho Reglamento 1408/71, los artistas disfrutan, por lo tanto, de la seguridad social que regula su Estado miembro de origen y no de la regulada por el Estado miembro de destino, protección que, por lo demás, pueden probar mediante un certificado tipo, conocido como "certificado E-101" (STJCE de 30 de marzo de 2000, Banks y otros, C-178/97<sup>5</sup>). En estas circunstancias Francia no está facultada para sujetar a los artistas a su propio régimen de seguridad social (STJCE de 30 de marzo de 2000, Banks y otros<sup>6</sup>).

Por todo ello, el TJCE declara que Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE al sujetar la concesión de una licencia a los agentes de colocación de los artistas establecidos en otro Estado miembro a las necesidades de colocación de artistas y al imponer una presunción de percepción de salario para los artistas

(5) Sentencia comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 58.

(6) Sentencia comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 58.

## I. Derecho Comunitario

reconocidos como prestadores de servicios establecidos en su Estado miembro de origen donde prestan habitualmente servicios análogos.

Por último, la **STJCE de 6 de julio de 2006, Conijn, As. C-346/04**, se pronuncia sobre la Ley alemana del impuesto sobre la renta, en cuanto que la misma distingue entre los contribuyentes sujetos al impuesto sobre la renta por la totalidad de sus ingresos, que residen en Alemania, y los contribuyentes parcialmente sujetos que no residen en Alemania, pero que deben tributar allí por los ingresos percibidos en dicho Estado. El recurrente Sr. Conijn, de nacionalidad neerlandesa y residente en los Países Bajos, obtuvo, en 1998, ingresos de origen alemán de carácter industrial y comercial fruto de su participación en una sociedad en comandita alemana en su calidad de miembro de una comunidad hereditaria. Dicha cantidad representaba menos del 90 % de los ingresos totales del recurrente. En su declaración de la renta correspondiente, el Sr. Conijn dedujo de su base imponible una cantidad por los gastos de asesoramiento fiscal soportados para presentar dicha declaración en Alemania, en concepto de gastos extraordinarios con arreglo a la ley alemana del IRPF. Sin embargo, el organismo tributario alemán no admitió la deducción de dichos gastos.

Según jurisprudencia reiterada, la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro lleva consigo el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (SS de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97<sup>7</sup>, y de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98<sup>8</sup>). Si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercer ésta respetando el Derecho comunitario (SS de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98<sup>9</sup>, y de 26 de junio de 2003, *Skandia y Ramstedt*, C-422/01<sup>10</sup>). Las disposiciones fiscales nacionales no pueden constituir una discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad (STJCE de 12 de diciembre de 2002, *De Groot*, C-385/00<sup>11</sup>). No obstante, el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por regla general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, tanto desde el punto de vista de la fuente de los ingresos como de la capacidad contributiva personal o de la situación personal y familiar (STJCE de 14 de septiembre de 1999, *Gschwind*, C-391/97<sup>12</sup>).

(7) Sentencia comentada en el número 14 de esta Revista (enero de 2002), pág. 55. También comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

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

(9) Sentencia comentada en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(10) Sentencia comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 68.

(11) Sentencia comentada sucesivamente en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99 y en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 69.

(12) Sentencia comentada en el número 4 de esta Revista (julio de 1999), pág. 48, aunque debemos advertir que el número de asunto tiene una ERRATA tal y como fue publicada en la Revista. Asimismo dicha sentencia fue también comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 57.

Por otra parte, la residencia constituye el factor de conexión con el impuesto en el que se basa, por regla general, el Derecho fiscal internacional actual y, concretamente, el modelo de convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (modelo de convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 1977, versión de 29 de abril de 2000), a efectos del reparto de la competencia fiscal entre los Estados, frente a situaciones que contienen elementos de extranjería. En el presente caso, el recurrente, que reside en los Países Bajos, percibió en el territorio alemán menos del 90 % de sus ingresos. Por tanto, debe dilucidarse si la diferencia objetiva entre la situación de un no residente de estas características y la de un residente permite que una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, deniegue la deducción de los gastos de asesoramiento fiscal al primero, mientras que el segundo puede deducirlos en el marco de su declaración de la renta.

Por lo que respecta a los gastos directamente relacionados con los ingresos de una persona parcialmente sujeta, el TJCE ha declarado que para los gastos, como los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro, la persona parcialmente sujeta debe ser tratada de la misma manera que la persona totalmente sujeta (STJCE de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01<sup>13</sup>).

En lo que atañe a los gastos de asesoría fiscal, como los discutidos en el asunto principal, fueron efectuados por el recurrente para presentar su declaración de la renta respecto a los ingresos percibidos en Alemania. La obligación de presentar su declaración se deriva del hecho de que esta persona percibe ingresos en dicho Estado miembro. Por tanto, los gastos de asesoramiento fiscal están directamente relacionados con los ingresos sujetos a imposición en este Estado miembro, de modo que gravan de la misma manera los ingresos percibidos por todos los contribuyentes, sean o no residentes.

Además, los contribuyentes residentes y no residentes se encuentran en una situación comparable frente a la complejidad del Derecho fiscal nacional. Así, el derecho a deducir que tiene por objeto compensar los gastos efectuados en el marco de un asesoramiento fiscal, reconocido a los contribuyentes residentes, debe poder aplicarse también a los contribuyentes no residentes que se enfrentan a la misma complejidad del sistema fiscal nacional.

En estas circunstancias, en relación con la posibilidad de deducir gastos de asesoramiento fiscal en concepto de gastos extraordinarios, los contribuyentes residentes y no residentes se encuentran en una situación comparable y la disposición nacional que niega la posibilidad de esta deducción a los no residentes constituye una restricción prohibida a efectos del artículo 52 TCE.

(13) Sentencia comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 61 y 71.

## I. Derecho Comunitario

El Tribunal responde a la cuestión planteada estableciendo que el artículo 52 TCE se opone a una legislación nacional que no permite a una persona parcialmente sujeta deducir de su renta imponible los gastos de asesoramiento fiscal en que ha incurrido para presentar su declaración de la renta, en concepto de gastos extraordinarios, del mismo modo que una persona totalmente sujeta.

### C) Libre circulación de trabajadores

Mediante las SSTJCE de 8 de junio de 2006, Comisión contra Francia, As. C-164/05, de 14 de junio de 2006, Comisión contra Alemania, As. C-265/05, y 15 de junio de 2006, Comisión contra Austria, As. C-262/05, el Tribunal de Justicia ha declarado que Francia, Alemania y Austria, respectivamente, al no adoptar todas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para trasponer la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE del Consejo, relativas al sistema general de reconocimiento de las calificaciones profesionales, y las Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE y 93/16/CEE del Consejo, relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico, han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud de la misma.

### D) Libre circulación de capitales

En el período examinado no se ha producido jurisprudencia alguna en relación con esta libertad comunitaria.

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) Plazo de interposición del recurso de amparo (artículo 44.2 LOTC): No queda suspendido por la interposición de recursos notoriamente improcedentes en la vía judicial. b) Invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental vulnerado [artículo 44.1.c) LOTC]: Se cumple este requisito, aun cuando no haya referencia expresa y numérica del precepto constitucional vulnerado, siempre que los tribunales ordinarios, a través de las alegaciones de los demandantes, hayan tenido la posibilidad de reparar la lesión cometida. c) Extinción sobrevenida del objeto de proceso por resolución judicial favorable al demandante de amparo en otro proceso judicial anterior: Aun cuando no está contemplada en el artículo 86.1 LOTC, puede considerarse una forma de terminación de los procesos constitucionales. d) Invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental vulnerado [artículo 44.1.c) LOTC]: No se cumple el requisito si las alegaciones en la vía previa son distintas a las formuladas en la demanda de amparo. e) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No es exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones cuando el vicio alegado es la infracción de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. f) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se cumple este requisito cuando se interpone el recurso de amparo estando pendiente de resolución un procedimiento ante los tribunales ordinarios sobre la misma materia (como una solicitud de aclaración de sentencia). B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Relevancia de la cuestión para la resolución del proceso judicial *a quo* (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): Ésta no queda impedida cuando en dicho proceso se impugnaba directamente un reglamento de desarrollo de la ley cuestionada. b) Relevancia de la cuestión para la resolución del proceso judicial *a quo* (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): Sólo se consideran normas relevantes a efectos de su control de constitu-

cionalidad las concretas disposiciones que afecten a la resolución del proceso *a quo*, aun cuando se haya impugnado una ley completa. **3. Conflictos competenciales.** A) Derecho de asociación: un difícil entrecruzamiento competencial en su regulación. a) El entrecruzamiento de competencias en materia de regulación del derecho de asociación: la reserva de ley orgánica (artículo 81), la garantía de las condiciones básicas de igualdad de los españoles (artículo 149.1.1ª) y otros títulos competenciales colaterales. b) Criterios para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la norma autonómica reguladora de un derecho fundamental. c) Aspectos destacables de las decisiones: amplio ámbito de regulación estatal del derecho de asociación; funcionamiento interno democrático; derechos y deberes de los asociados y asociaciones de utilidad pública (procedimiento). a') Amplio ámbito de regulación estatal del derecho de asociación como consecuencia de ser desarrollo directo del derecho fundamental. b') Funcionamiento democrático interno de las asociaciones: sólo puede ser impuesto mediante ley orgánica y no por el legislador autonómico. c') Derechos y deberes de los asociados: debe intentarse una lectura integradora de la regulación estatal y la autonómica. d') Asociaciones declaradas de utilidad pública: participación autonómica en el procedimiento. B) Funcionarios públicos: reiteración de jurisprudencia sobre límites estatales establecidos en la ley de presupuestos aplicada a los territorios forales. C) Comercio interior: la regulación de horarios comerciales requiere competencia legislativa en la materia. D) Funcionarios públicos: los límites a la oferta pública de empleo de los entes autonómicos constituyen materia básica. E) Inconstitucionalidad por omisión: una curiosa decisión del Tribunal ante el incumplimiento legislativo autonómico de una obligación legal fijada por los poderes centrales. F) Doble imposición: de nuevo sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 6.3 LOFCA y las dificultades para aplicar en la práctica la doctrina constitucional.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se dan noticia de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional entre el 3 de abril (STC 102/2006) y el 22 de junio (STC 195/2006). En la crónica relativa a procesos constitucionales conviene destacar la STC 148/2006, de 9 de mayo, en la que se plantea la idoneidad de la Cuestión de Inconstitucionalidad para

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

evaluar la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias directamente vinculada a la ley impugnada. En la intensa actividad del Tribunal Constitucional en materia competencial son destacables las tres decisiones relativas a la regulación, estatal y autonómica, del derecho de asociación (SSTC 133, 134 y 135 de 27 de abril de 2006) entre las que se encuentra la relativa a la Ley Orgánica del Derecho de Asociación. Es igualmente destacable la declaración de una inconstitucionalidad por omisión de una ley autonómica en la STC 178/2006, de 6 de junio, por no cumplir una obligación establecida en una ley estatal; declaración que, sin embargo, no es imputable a ningún precepto autonómico concreto.

### 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

#### A) Recurso de amparo

##### a) Plazo de interposición del recurso de amparo (artículo 44.2 LOTC): No queda suspendido por la interposición de recursos notoriamente improcedentes en la vía judicial

En el recurso de amparo inadmitido por la STC 103/2006, de 3 de abril, el Ministerio Fiscal opuso, como obstáculo procesal a la admisión de la demanda de amparo, la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a) LOTC por el doble motivo de no haberse interpuesto el recurso de amparo en el plazo de caducidad de veinte días establecido en el artículo 44.2 LOTC y de no haberse agotado la vía judicial, como exige el artículo 44.1.a) LOTC.

El Tribunal Constitucional estableció que el cumplimiento del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC no constituye una exigencia formal sin justificación, sino que representa una garantía sustancial de seguridad jurídica que actúa como plazo de caducidad, improrrogable y de imposible suspensión. Por ello, “la fecha en que ha de iniciarse el cómputo de este plazo es aquella en la que al demandante de amparo se le notifica o tiene conocimiento suficiente o fehaciente de la resolución que pone fin a la vía judicial previa, sin que puedan tomarse en consideración los recursos notoriamente inexistentes o inviables que se interpongan con posterioridad a dicha fecha” (STC 245/2000, de 16 de octubre).

En este caso, el demandante de amparo había iniciado otros procedimientos (había reproducido su pretensión y había interpuesto un recurso por infracción procesal), que se revelaron como absolutamente improcedentes, a juicio del Tribunal Constitucional, quien consideró que estas iniciativas supusieron un alargamiento artificial del plazo para la presentación de la demanda de amparo.

Asimismo, aun en el caso de que no se considerasen improcedentes los mencionados procedimientos, el Tribunal estimó que la demanda hubiese sido igualmente inadmisibile en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.1.a) LOTC, puesto que la resolución recurrida en amparo era susceptible de ser impugnada mediante recurso de reposición.

**b) Invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental vulnerado [artículo 44.1.c) LOTC]: Se cumple este requisito, aun cuando no haya referencia expresa y numérica del precepto constitucional vulnerado, siempre que los tribunales ordinarios, a través de las alegaciones de los demandantes, hayan tenido la posibilidad de reparar la lesión cometida**

En el recurso de amparo resuelto mediante STC 119/2006, de 24 de abril, la representación procesal de la Sra. Murchante, beneficiada por las resoluciones judiciales recurridas, alegó la falta de invocación en el proceso del derecho constitucional vulnerado, una vez conocida la violación. El Tribunal Constitucional estableció que “el cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo” (STC 136/2002, de 3 de junio, entre otras).

En este caso, el recurrente en amparo, demandado en un proceso de separación matrimonial, tras haberse dictado el Auto de aclaración del Juzgado de Primera Instancia núm. 66 de Madrid de fecha 24 de enero de 2002, promovió un incidente de nulidad de actuaciones en el que, además de la oposición de fondo, denunciaba la vulneración por el referido Auto del principio de intangibilidad de las resoluciones firmes, excediéndose del límite de la aclaración, así como la producción de una situación de flagrante indefensión, dado que no se le dio la “posibilidad de contradecir lo expresado de contrario” en unas solicitudes que, además, llevaban “una adición documental”. Con ello se aludía claramente a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en sus vertientes relativas a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la proscripción de la indefensión material, por lo que el Tribunal Constitucional consideró que el Juez ordinario tuvo la ocasión de decidir lo procedente en el ámbito del artículo 24.1 CE, lo que implica que se entendió cumplida la exigencia del artículo 44.1.c) LOTC.

**c) Extinción sobrevenida del objeto de proceso por resolución judicial favorable al demandante de amparo en otro proceso judicial anterior: Aun cuando no está contemplada en el artículo 86.1 LOTC, puede considerarse una forma de terminación de los procesos constitucionales**

En el recurso de amparo inadmitido por la STC 128/2006, de 24 de abril, la Letrada de la Comunidad de Madrid (beneficiada por la Sentencia recurrida) alegó que el procedimiento carecía de objeto de modo sobrevenido o, era, al menos, prematuro, porque cuando se interpuso estaba pendiente de resolución el incidente de nulidad de actuaciones que, finalmente, fue resuelto de modo favorable para la demandante de amparo.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

El Tribunal Constitucional estableció que, constituyendo el recurso de amparo un remedio jurisdiccionalmente idóneo únicamente para la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, sin que puedan hacerse valer por esta vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o la preservación de aquellos derechos (artículo 41.3 LOTC), cuando dicha pretensión se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo, sólo cabe concluir, en principio, que éste carece desde ese momento de objeto sobre el que deba pronunciarse el Tribunal (ATC 156/2003, de 19 de mayo). Todo ello sin perjuicio de que, en ocasiones, el Tribunal Constitucional ha considerado que, a pesar de esta pérdida sobrevinida del objeto del proceso, debe pronunciarse en atención a otras consideraciones que hacen necesaria su respuesta.

En este caso, razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley impiden la coexistencia temporal de un proceso de amparo con la vía judicial previa (STC 97/2004, de 24 de mayo, entre otras), por lo que Tribunal Constitucional concluye el carácter prematuro del recurso y, por ello, decide su inadmisión.

### **d) Invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental vulnerado [artículo 44.1.c) LOTC]: No se cumple el requisito si las alegaciones en la vía previa son distintas a las formuladas en la demanda de amparo**

En el recurso de amparo concluido mediante **STC 130/2006, de 24 de abril**, el Sindicato demandante impugnaba un Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que había desestimado un recurso de súplica anterior. La representación procesal de Telefónica España, SAU y Telefónica, SA alegó, como óbice procesal, que las alegaciones formuladas por el demandante de amparo en el recurso de súplica eran diferentes a las del recurso de amparo, por lo que no podía considerarse cumplido el requisito exigido en el artículo 44.1.c) de la LOTC. El demandante alegaba en la demanda de amparo un defecto de notificación del emplazamiento para comparecer ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, circunstancia que no había alegado en la vía judicial previa.

El Tribunal Constitucional estableció que, aunque ha sostenido una interpretación no formalista del requisito de la invocación del derecho fundamental vulnerado en la vía judicial previa, ello no obsta para que esa exigencia haya de cumplirse efectivamente, en aras del principio de subsidiariedad del recurso de amparo con relación a la tutela prestada por los tribunales ordinarios. Dicha exigencia tiene la virtualidad de impedir “que puedan traerse ante este Tribunal Constitucional cuestiones que hayan de considerarse como nuevas, en el sentido de que no hayan sido objeto de previo debate y discusión, o que se puedan plantear ante él cuestiones que, habiendo podido suscitarse ante la jurisdicción ordinaria, se hubieran sustraído al pronunciamiento de ésta (STC 162/1985, de 29 de noviembre, entre otras). En este caso, el Tribunal entendió que no se había cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1.c) LOTC, sosteniendo, así, una interpretación más restrictiva en la apreciación de esta causa de inadmisión que en sentencias anteriores.

**e) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No es exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones cuando el vicio alegado es la infracción de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes**

En el recurso de amparo concluido mediante **STC 137/2006, de 8 de mayo**, la representación procesal de la comparecida doña Lucinda Pizarro alegó, como causa de inadmisión, la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa, ya que no se había interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 (actual 241) LOPJ. El Tribunal Constitucional estimó que, en este caso, resultaba muy dudosa la procedencia de dicho medio de impugnación. Recordó que el incidente de nulidad de actuaciones se configura como un medio de impugnación excepcional, cuyos dos únicos motivos establecidos legalmente son la incongruencia del fallo y los defectos de forma causantes de indefensión. En este caso, el demandante de amparo alegaba la infracción del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes –en cuanto dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva– y este vicio no puede subsumirse en ninguno de los supuestos descritos en que puede interponerse el incidente de nulidad de actuaciones. El Tribunal concluyó que, en este caso, no era exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones como requisito previo a la demanda de amparo.

**f) Agotamiento de la vía judicial previa [artículo 44.1.a) LOTC]: No se cumple este requisito cuando se interpone el recurso de amparo estando pendiente de resolución un procedimiento ante los tribunales ordinarios sobre la misma materia (como una solicitud de aclaración de sentencia)**

En el recurso de amparo inadmitido mediante **STC 188/2006, de 19 de junio**, el Ayuntamiento de Marbella (demandante de amparo) impugnó la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 30 de abril de 2003. La representación procesal de doña Cristina Gortari y don Ronald Hall, beneficiados por esta Sentencia, alegó, como causa de inadmisión, la falta de agotamiento de la vía judicial previa, puesto que el demandante de amparo interpuso su demanda estando pendiente de resolución en la vía judicial la solicitud de aclaración que habían promovido doña Cristina y don Ronald contra la Sentencia impugnada en amparo. Con respecto a esta solicitud de aclaración, el órgano judicial proveyó que se resolvería tras decidir el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la misma Sentencia por la entidad Glassmore Investment.

El Tribunal Constitucional consideró que “el carácter subsidiario del recurso de amparo impide examinar el fondo de la cuestión sin que los órganos judiciales se hayan pronunciado sobre las pretensiones de la demanda de amparo. Pero, además, si dicha vía judicial está abierta, es el órgano judicial competente quien ha de pronunciarse primero sobre la propia viabilidad del recurso o remedio procesal interpuesto”.

Recordó también el Tribunal que, en relación con el trámite de aclaración, las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica a efectos de su impugnación en amparo, que ha de ser recurrida en su conjunto una vez dictada la

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

resolución aclaratoria (STC 106/2006, de 3 de abril). El Tribunal Constitucional concluyó la inadmisión de la demanda de amparo, por incumplimiento del requisito establecido en el artículo 44.1.a) LOTC.

### B) Cuestión de inconstitucionalidad

#### a) Relevancia de la cuestión para la resolución del proceso judicial *a quo* (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): Ésta no queda impedida cuando en dicho proceso se impugnaba directamente un reglamento de desarrollo de la ley cuestionada

En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante STC 148/2006, de 9 de mayo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra impugnó la Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 1/1997, de 31 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1997 por contradicción con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (en concreto con sus preceptos sobre congelación salarial de las retribuciones de los funcionarios) y, por ello, con los artículos 149.1.13 y 156.1 CE. En el proceso ordinario donde tiene su origen esta cuestión de inconstitucionalidad se impugnaba el Decreto Foral 22/1997, de 10 de febrero, que desarrollaba la Ley Foral citada.

El Letrado del Parlamento de Navarra alegó que la cuestión de inconstitucionalidad debía ser inadmitida a trámite por no ser relevante para la resolución del proceso contencioso-administrativo donde tenía su origen. El Tribunal Constitucional entendió que esta pretensión de inadmisión no podía prosperar por un doble motivo: Por un lado, porque –como había señalado en otras cuestiones de inconstitucionalidad que tenían su origen en procedimientos de impugnación directa de normas reglamentarias de desarrollo de las disposiciones legales cuestionadas, como la STC 76/1990– en estos casos se da el requisito de la relevancia siempre que el proceso *a quo* no pueda resolverse sin despejar las dudas de constitucionalidad que afectan a dichas disposiciones legales y siempre que, asimismo, el juicio de relevancia realizado por el órgano judicial ponga de relieve la conexión entre los preceptos reglamentarios ante él impugnados y estas últimas. Por otro lado, porque, aun reconociendo que en estos casos el juicio de relevancia presenta matices singulares por cuanto el carácter de control *concreto* de constitucionalidad queda algo diluido, no puede negarse la conexión de los preceptos legales cuestionados con el proceso *a quo*, que es donde reside realmente el carácter *concreto* de este control de constitucionalidad.

El rechazo de la pretensión del Letrado del Parlamento de Navarra también se basa en la imposibilidad de compartir sus alegaciones sobre la necesaria inadmisión, por parte de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, de un recurso contencioso-administrativo dirigido contra un Reglamento que, en su opinión, carece de sustantividad propia. Para el Letrado, la admisión de este recurso contencioso-administrativo supondría convertir la cuestión de inconstitucionalidad en una vía de depuración abstracta del ordenamiento que permitiría impugnar por motivos competenciales, y más allá del plazo previsto para los recursos de inconstitucionalidad, una ley no cuestionada por los órganos legitimados para hacerlo. El Tribunal Constitucional consideró que no podía admitirse este argu-

mento, puesto que se basa en una concepción de la cuestión de inconstitucionalidad que otorga a este procedimiento un papel subsidiario y limitado, que se compeadece mal con el artículo 163 CE y con la interpretación que ha venido realizando el mismo Tribunal Constitucional, que estima que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal permiten excluir o limitar la participación de los tribunales ordinarios en la función de garantía del sistema de distribución territorial del poder que se deriva del bloque de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional admitió (y estimó) esta cuestión de inconstitucionalidad.

Un supuesto similar (en este caso se impugnaba la Ley Foral 21/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1999) fue resuelto mediante STC 195/2006, de 22 de junio, en la que se reitera esta jurisprudencia.

**b) Relevancia de la cuestión para la resolución del proceso judicial a quo (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): Sólo se consideran normas relevantes a efectos de su control de constitucionalidad las concretas disposiciones que afecten a la resolución del proceso a quo, aun cuando se haya impugnado una ley completa**

En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante STC 164/2006, de 24 de mayo, la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid impugnó la totalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, por posible infracción del artículo 149, apartados 1.13 y 3 de la Constitución.

Como paso previo, el Tribunal Constitucional entró a considerar si la resolución del proceso a quo reclamaba el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de todos los preceptos de la mencionada Ley. A este respecto, recordó el Tribunal que “la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley”, sino que resulta obligado “extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se sustancia (STC 64/2003).

En este caso, el Tribunal Constitucional estimó que el juicio de relevancia resultaba correcto sólo en lo relativo a los preceptos de la Ley 7/1994 que eran objeto de desarrollo directo por parte de los Decretos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid que fueron impugnados en el proceso a quo. Por tanto, admitió (y estimó) la cuestión de inconstitucionalidad en lo relativo a dichos preceptos e inadmitió la cuestión en lo referente a todos los demás artículos de la Ley impugnada.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### 3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

Durante el período objeto de comentario la actividad jurisprudencial en la resolución de controversias competenciales ha sido mayor de la habitual. La estrella de esta actividad ha sido, sin duda, la resolución de tres casos (dos recursos de inconstitucionalidad y un conflicto de competencia) relativos a la regulación del derecho de asociación. La doctrina jurisprudencial sigue, muy de cerca, la ya establecida en la decisión relativa a la Ley de asociaciones del País Vasco en la STC 173/1998. Respecto al resto de resoluciones tres aspectos son dignos de destacar. Por una parte, la presencia de varias cuestiones de inconstitucionalidad con contenido netamente competencial en las que, sin embargo, se reitera básicamente jurisprudencia ya establecida. Por otra, la solución de una nueva controversia sobre la interdicción de la doble imposición autonómica y local (artículo 6.3 LOFCA) y las grandes dificultades para aplicar en la práctica la farragosa doctrina constitucional sobre el tema. Por último, debe reseñarse la declaración de una inconstitucionalidad por omisión sin referencia a un concreto precepto autonómico, sino al conjunto de la ley.

#### A) Derecho de asociación: un difícil entrecruzamiento competencial en su regulación

En tres decisiones sucesivas el Tribunal se vuelve a enfrentar al problema de la distribución de competencias en la regulación del derecho de asociación, como ya tuviera que hacer con motivo de la impugnación de la ley vasca de asociaciones en la STC 173/1998.

En la **STC 133/2006, de 27 de abril**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (en adelante, LODA). La prontitud en la resolución de este recurso se explica por su íntima vinculación con un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto de competencias pendientes sobre la misma materia. El Tribunal opta, con buen criterio, por debatir primero este recurso para, en la misma fecha, resolver los procesos pendientes una vez constatada la constitucionalidad o no de la ley orgánica estatal. El Tribunal sólo declara inconstitucionales los preceptos que guardan una relación indirecta con el derecho fundamental de asociación [artículo 7.1.i) LODA] y los que ignoran el sistema de fuentes que rigen el ordenamiento y suponen agotamiento de la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma (artículo 11.2 LODA).

Tanto esta sentencia como la que a continuación se comenta vienen acompañadas de un Voto Particular suscrito por cuatro magistrados.

En la larguísima **STC 135/2005, de 27 de abril**, se aborda la misma cuestión desde la perspectiva de la impugnación de la Ley de asociaciones catalana (Ley 7/1997), impugnación que es anterior en el tiempo (casi diez años de espera) pero que resulta razonable que sea resuelta una vez despejadas las dudas de inconstitucionalidad de la LODA realizara en la Sentencia anterior. Sorprende sin embargo, que la elaboración conceptual sea mucho más detallada en esta decisión que en la ya comentada pese a tratarse (al menos formalmente) de una decisión posterior. Se trata de una impugnación casi global de la Ley (22 de sus 38 preceptos son objeto de reproche de inconstitucionalidad). El Tribunal declara inconstitucionales los artículos 2.2, 4.2, 8.3 (parcialmente), 9.4, 15, 16 (parcialmente), 20.2 y

3, 22.2.c) (parcialmente), 26.3 y 35.2 y 4; y haciendo una interpretación conforme a la constitución de los artículos 3, 4.3, 9.3, y 21.3.

Las cuestiones relativas a la regulación del derecho de asociación se cierran con una cuestión menor en la **STC 134/2006, de 27 de abril**, en la que se resuelve un conflicto positivo de competencias planteado en 2004 respecto a determinados preceptos de un Real Decreto reguladores de diversos aspectos de procedimientos sobre asociaciones de utilidad pública.

La complejidad de la cuestión aconseja que distingamos diversos aspectos que son examinados, parcialmente, en todas las decisiones por separado.

**a) El entrecruzamiento de competencias en materia de regulación del derecho de asociación: la reserva de ley orgánica (artículo 81), la garantía de las condiciones básicas de igualdad de los españoles (artículo 149.1.1ª) y otros títulos competenciales colaterales**

En las **SSTC 133/2006** y **134/2006** comienza el Tribunal recordando su jurisprudencia sobre la materia (el derecho de asociación) en el marco del orden interno de distribución de competencias. En particular, el punto de referencia permanente será la **STC 173/1998** en la que se enjuició la constitucionalidad de la ley vasca de asociaciones. El problema competencial es complicado porque entran en juego diversos criterios y normas constitucionales especialmente complejos. Así, debe partirse de la presencia de la reserva de ley orgánica en la materia (artículo 81.1 CE) en la medida es que es esta fuente (exclusivamente estatal) la norma llamada a desarrollar el estatuto jurídico básico de los derechos fundamentales contenidos en la Sección primera del Título 1 de la Constitución. Reserva que, según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal, ha de interpretarse restrictivamente y, por ello, referida exclusivamente a la delimitación de los “aspectos esenciales del contenido del derecho” en lo relativo a su titularidad, facultades que lo integran, alcance en las relaciones entre particulares, garantías fundamentales y los límites, tanto en el ejercicio del derecho, como en la determinación de las asociaciones proscritas.

Por otra parte, las asociaciones no aparecen como título competencial en la Constitución y no existe absoluta uniformidad en los Estatutos de Autonomía. Algunos (como el vasco o el catalán en cuanto que son los que más interesan en los procesos objeto de resolución) ostentan competencia exclusiva sobre determinadas asociaciones. El resto de entes territoriales ostentan tan sólo una competencia ejecutiva.

Como es obvio la declaración estatutaria de la exclusividad competencial no obsta a que el Estado ostente competencias en la materia como consecuencia de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad. Y en este concreto supuesto se produce un entrecruzamiento competencial ya destacado en la **STC 173/1998** que el TC procede a recordar: las CCAA no tienen título competencial para regular todas las asociaciones

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

de derecho común sino sólo algunas. Además se identifican dos límites fundamentales a la capacidad reguladora de la Comunidad Autónoma: por una parte, no puede realizar el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho como consecuencia de la reserva de Ley Orgánica y, por la otra, en la regulación de las asociaciones inciden elementos de muy diversa índole material que pueden ser objeto de competencia estatal.

El TC entiende que es aplicable la doctrina establecida en la STC 173/1998 aunque aquélla se dictara antes de la aprobación de ley orgánica alguna reguladora del derecho de asociación. Doctrina que partía de que la regulación del derecho podría considerarse como *condiciones básicas* en el sentido expresado por el artículo 149.1.1ª (y por tanto, reservado a su competencia): la definición del concepto legal de asociación y aquellos aspectos del régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución) que sean “imprescindibles o necesarios” para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho.

Cuatro son las facetas o dimensiones en las que se manifiesta el derecho fundamental de asociación: libertad de creación y de adscripción a las ya creadas; libertad de asociarse y de dejar de pertenecer; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y “como dimensión *inter privatos*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretenden pertenecer”.

Por tanto, serán condiciones básicas los “requisitos mínimos indispensables” conectados directa e inmediatamente con esas facetas del derecho. En la aplicación de este criterio deberá tenerse particularmente en cuenta el criterio teleológico del título competencial utilizado pues obliga a examinar si las condiciones básicas establecidas por el legislador estatal cumplen con las exigencias de un juicio de proporcionalidad, especialmente no debe significar una regulación acabada y completa de los derechos y deberes constitucionales objeto de regulación.

En la STC 134/2006 concreta aún más su jurisprudencia destacando los siguientes extremos partiendo de la ya citada STC 173/1998:

– La Comunidad Autónoma carece de título para regular todas las asociaciones de tipo común, sino sólo para regular algunos tipos de asociaciones. No se trata, pues, de una competencia indefinida o indeterminada, ni la configura como una competencia genérica o residual.

– La competencia autonómica está limitada por tres tipos de criterios: no puede realizar el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho de asociación (ámbito reservado a la LO ex artículo 81.1 CE); en la materia asociaciones existen elementos de diferente índole (civiles, fiscales, procesales, etc.) que pueden ser objeto de competencia estatal; y supone el ejercicio de un derecho fundamental lo que implica la concurrencia del título para regular las condiciones básicas de igualdad de todos los ciudadanos españoles (artículo 149.1.1ª).

– El límite establecido como consecuencia de la reserva de LO debe referirse tanto a su alcance material (interpretación estricta de la materia y del término desarrollo de derechos fundamentales en cuanto referido a una regulación general y global de los aspectos esenciales del derecho tanto en su definición, determinación de su ámbito y fijación de los límites), como a su correspondencia con el orden de distribución de competencias (no es en puridad un título competencial habilitante para el Estado so pena de desvirtuar íntegramente el artículo 149 de la Constitución por lo que deben respetarse tres criterios interpretativos: el ámbito de la reserva de la LO no es coextenso al de las competencias estatales; debe cohererse su alcance de forma sistemática con las normas reguladoras de la distribución de competencias en el bloque de la constitucionalidad; y que de tal interpretación debe considerarse que la reserva estatal se refiere a la regulación de los aspectos esenciales del derecho, esto es, desarrollo directo del derecho considerado en abstracto). La resolución de supuestos anteriores (en concreto la Ley vasca de asociaciones en la STC 173/1998) encontró la dificultad de la ausencia de una LO de desarrollo del derecho de asociación; dificultad que no se plantea en el caso ahora planteado. Pero tal dificultad no fue óbice para que el TC señalara cuáles son las cuatro facetas o dimensiones del derecho de asociación.

– Respecto al límite constituido por el artículo 149.1.1ª a las competencias autonómicas se reiteran las consideraciones realizadas en la anterior STC 133/2006: puede considerarse como regulación de condiciones básicas la definición del concepto legal de asociación y aquellos aspectos del régimen jurídico externo que resulten imprescindibles o necesarios para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho. Igualmente recuerda la importancia del elemento teleológico en la aplicación de este límite y su sometimiento a un juicio de proporcionalidad.

Como bien sostiene el TC: “En resumen, en materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica (artículo 81.1 CE), como sucede con el derecho de asociación, la capacidad normadora del Estado ex artículo 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares antes señalados, y que, de otro, se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho (que es la finalidad que justifica la competencia estatal del artículo 149.1.1 CE).

– En lo relativo a la concurrencia de otros títulos competenciales estatales el TC se detiene especialmente en el referido a la legislación procesal (artículo 149.1.6ª CE) recordando los estrictos límites a la competencia autonómica en la materia.

### **b) Criterios para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la norma autonómica reguladora de un derecho fundamental**

Establecido el cuerpo general de su doctrina, el Tribunal expresa los criterios que, a su juicio, deben aplicarse a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la ley autonómica de

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

desarrollo del derecho de asociación así como el alcance de las decisiones que adopte en este concreto juicio. Tales criterios son cuatro:

– La normativa estatal ha tener en cuenta, como referencia para el juicio de constitucionalidad, la vigente en el momento de adoptarse la decisión por el TC, por lo que tiene en consideración las normas de la LO del derecho de asociación que tiene la consideración de orgánicas o que recogen condiciones básicas de ejercicio del derecho fundamental de asociación.

– Cuando la ley autonómica regule algún elemento esencial no prescrito en la LODA o lo haga de un modo distinto incidiendo en la reserva de ley orgánica, la consecuencia será la inconstitucionalidad de aquélla. Pero, si la regulación regional coincide con la legislación estatal, incluso complementándola, se confirmará su constitucionalidad.

– Si la ley autonómica contradice normas estatales dictadas al amparo del artículo 149.1.1ª, la consecuencia será la inconstitucionalidad de aquélla. Si las normas autonómicas coincide con la de la LODA o la complemente (de modo que sea posible su integración), se afirmará la constitucionalidad de la norma impugnada.

– En los supuestos en que el contraste entre norma autonómica se produzca con normas de la LODA dictadas al amparo de otros títulos competenciales se tendrá en cuenta el contenido y finalidad de cada precepto, pudiendo operar en determinados casos la inconstitucionalidad en los supuestos de *lex repetitia*, a diferencia de lo que ocurre en el resto de supuestos porque al existir en tales casos (conurrencia con la reserva de ley orgánica o con las condiciones básicas de igualdad) tanto competencias legislativas autonómicas como estatales no corresponde la declaración de inconstitucionalidad en los supuestos de *lex repetitia*.

### **c) Aspectos destacables de las decisiones: amplio ámbito de regulación estatal del derecho de asociación; funcionamiento interno democrático; derechos y deberes de los asociados y asociaciones de utilidad pública (procedimiento)**

No procede recoger con detenimiento en la presente crónica la argumentación en concreto de cada una de las decisiones so pena de extenderla más allá de unos límites razonables, pero sí conviene destacar, al menos, cuatro argumentaciones particularmente interesantes.

#### **a') Amplio ámbito de regulación estatal del derecho de asociación como consecuencia de ser desarrollo directo del derecho fundamental**

Respecto a la impugnación de la LODA declara constitucionales los preceptos que lejos de limitar la libertad organizativa se limitan a garantizar la publicidad que es corolario lógico de la transparencia necesaria para garantizar la efectividad de la libertad asociativa de los ciudadanos. También considera necesarias y conforme a la Constitución las cargas formales establecidas en beneficio de terceros o de los propios asociados. Similares argumentos utiliza el Tribunal para justificar las normas relativas a la licitud y disponibilidad

del nombre o la obligación de comunicar a las entidades asociativas preexistentes su persistencia de funcionamiento como consecuencia de su efecto en los derechos de terceros y en la garantía de la participación de los asociados y posible incorporación de nuevos miembros. De manera más discutible acepta la constitucionalidad de normas relacionadas con la inscripción registral de determinados actos en la medida en que permite una adecuada protección de terceros y una mejor participación de los asociados en la entidad asociativa (siempre y cuando la carga de la inscripción registral se refiera sólo a determinados supuestos establecidos en el propio fundamento jurídico –en concreto el 12º–) e igualmente acepta el establecimiento de un plazo para la inscripción en el registro de la asociación siempre que tal plazo sea considerado un plazo máximo (realizando una interpretación conforme a la Constitución de la LODA francamente forzada –FJ 14º–). Por último, también declara constitucionales determinadas normas relativas a la declaración de una asociación como entidad de utilidad pública como consecuencia de que los beneficios fiscales de ello derivados serían encuadrables en el título competencial contenido en el artículo 149.1.14ª.

**b') Funcionamiento democrático interno de las asociaciones: sólo puede ser impuesto mediante ley orgánica y no por el legislador autonómico**

Es destacable el juicio de constitucionalidad realizado sobre la regulación contenida en el artículo 2.2 de la Ley catalana impugnada en el que se exigía a todas las asociaciones un funcionamiento interno democrático. El TC declara inconstitucional el precepto por invadir el ámbito material reservado al legislado orgánico. Resume su argumentación el propio Tribunal del siguiente modo: “si el constituyente quiso que determinadas asociaciones, por la relevancia de las funciones que se les reconocía, hubieran de tener de modo necesario una organización y funcionamiento democráticos, pero no impuso ese principio a cualquier otra asociación surgida del ejercicio del derecho fundamental de asociación, no cabe que el mismo sea establecido por las leyes de las Comunidades Autónomas, pues ello significaría que dichas leyes autonómicas podrían realizar el cometido de excepcionar reglas generales derivadas de la propia Constitución, función que sólo a la ley orgánica le está conferida y que, por lo dicho más atrás, no cabe entender que pueda estar incluida en la competencia autonómica de regulación del ejercicio del derecho” [FJ 5.b)].

**c') Derechos y deberes de los asociados: debe intentarse una lectura integradora de la regulación estatal y la autonómica**

Igualmente digno de reseñar es el enjuiciamiento de los preceptos autonómicos relativos a los derechos y deberes de los asociados. En este punto destaca que resulta imposible “delimitar sendos espacios competenciales estancos de titularidad estatal y autonómica. En el reconocimiento de los derechos y deberes de los asociados existe un *continuum* entre la definición normativa del derecho y el establecimiento de los deberes elementales, de una parte, y la regulación del régimen jurídico de determinadas asociaciones (en este caso, las enunciadas en el artículo 9.24 EAC), de otra. Esa continuidad comporta la exis-

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

tencia de zonas de intersección entre ambas normativas, cuya compatibilidad debe resultar en todo caso de la inexistencia de contradicciones” (FJ 14º). Por ello procede a examinar la compatibilidad entre las normas autonómicas y las concretas previsiones de la LODA respecto a los derechos y deberes de los asociados declarando inconstitucionales sólo los que no pueden recibir una lectura integradora.

### d’) Asociaciones declaradas de utilidad pública: participación autonómica en el procedimiento

En la **STC 134/2006, de 27 de abril**, con esta decisión el Tribunal se remite a los criterios establecidos en la **STC 133/2006** para enjuiciar los preceptos impugnados aceptando que la participación de los entes territoriales en los procedimientos para la declaración de una asociación de utilidad pública diseñados en el Real Decreto impugnado es conforme con la Constitución (realizando una determinada interpretación de tales normas que asegure el carácter sustancial de los informes realizados desde los entes territoriales y la imposibilidad de declarar como tales asociaciones sobre las que la Comunidad Autónoma haya realizado un informe desfavorable); que la regulación de determinadas obligaciones de rendición de cuentas de este tipo de asociaciones es una derivación del título competencial contenido en el artículo 149.1.14ª que no impide su complemento por la normativa autonómica. Por el contrario, declara inconstitucionales los preceptos que regulan determinadas obligaciones de información de estas entidades y de conservación de documentos por invadir el ámbito reservado a la competencia de la Comunidad Autónoma.

### B) Funcionarios públicos: reiteración de jurisprudencia sobre límites estatales establecidos en la ley de presupuestos aplicada a los territorios forales

En la **STC 148/2006, de 9 de mayo**, se plantea un conflicto ya conocido si bien ahora como consecuencia de una Cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la Disposición Adicional Primera de la Ley de presupuestos navarra para 1997 en la que se preveía un aumento de sueldo de los funcionarios y personal al servicio de la administración autonómica contraviniendo la congelación salarial prevista en los presupuestos generales del Estado para el mismo año (en aras del cumplimiento de los criterios de convergencia europeos). El asunto sólo presenta, respecto a otras decisiones anteriores, la peculiaridad de la alegación de las especialidades forales como justificación de la medida legislativa autonómica. El Tribunal rechaza flexibilización alguna en la vinculación de los límites retributivos establecidos por la citada ley de presupuestos generales del Estado porque tales límites se fundamentan en los artículos 149.1.13 y 156.1 CE (no en el artículo 149.1.18 que sí ha permitido en el pasado alguna flexibilización, vid. **STC 140/1990**). Tampoco considera aceptable que la especial autonomía financiera de Navarra justifique la norma autonómica, porque la misma está limitada materialmente por los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad con todos los españoles (artículo 156.1 CE), principios de aplicación también a Navarra. Por último, rechaza la presencia de derecho histórico alguno que justifique la norma impugnada por lo que procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad.

En la **STC 195/2006, de 22 de junio**, se resuelve de nuevo una cuestión de inconstitucionalidad por el TSJ de Navarra contra la Disposición Adicional Primera de la ley de presupuestos de aquella Comunidad para 1999 por posible infracción de los artículos 149.1.13º y 156.1 CE al prever un incremento salarial superior al previsto en la ley de presupuestos generales del Estado. Como se puede observar la cuestión ha sido en gran parte resuelta por la anterior STC 148/2006 ya comentada por lo que tras resolver los óbices procesales planteados, el TC procede a declarar la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

### **C) Comercio interior: la regulación de horarios comerciales requiere competencia legislativa en la materia**

En la **STC 164/2006, de 24 de mayo**, no se plantea cuestión competencial relevante alguna (aunque sí desde el punto de vista procesal) pues se impugna una norma legislativa de la Comunidad Autónoma de Madrid reguladora de los horarios comerciales cuando la Comunidad no había asumido, aún, competencias legislativas en la materia. EL Tribunal declara la inaplicabilidad de algunos de los preceptos en el proceso *a quo*. Es este efecto de la sentencia el que es discutido en dos votos particulares coherentes con los emitidos en la STC 254/2004.

### **D) Funcionarios públicos: los límites a la oferta pública de empleo de los entes autonómicos constituyen materia básica**

En la **STC 178/2006, de 6 de junio**, se impugna en un recurso de inconstitucionalidad dos extremos de la Ley de Asturias, de presupuestos generales del Principado para 1997: su artículo 32, relativo a la oferta de empleo público en el ámbito de la Administración autonómica, y una supuesta inconstitucionalidad por omisión que se comenta en el siguiente apartado de esta crónica. Se aduce la vulneración de las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1.13 y 156.1 CE, y del artículo 82.1.b) de la LOFCA (concretadas, para el ejercicio presupuestario en cuestión, en el artículo 17.4 de la Ley 12/1996 de Presupuestos Generales del Estado).

Respecto a la primera cuestión el TC comienza estudiando si el precepto alegado como límite a la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma tiene carácter básico. Si formalmente el asunto carece de problemas no ocurre lo mismo respecto a su carácter materialmente básico pues se trata de “una norma que limita cuantitativa y sectorialmente las plazas de personal de nuevo ingreso que las diversas Administraciones públicas pueden convocar durante el año 1997” y, por tanto, “no es posible considerar que constituye una base del régimen estatutario de la función pública dictada en ejercicio del artículo 149.1.18 CE”. Sin embargo, tal norma encuentra su acomodo competencial en otros preceptos constitucionales. Dado que el TC ha aceptado (véase *supra*) el establecimiento de topes retributivos máximos al personal al servicio de las administraciones públicas “también debe aceptarse que el mismo pueda limitar la oferta de empleo público por parte de las Administraciones públicas y, singularmente, las autonómicas” tanto sobre la base del artículo 149.1.13 como desde la perspectiva del 156.1 (FJ 4º).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Declarado básico el precepto estatal infringido por la norma autonómica, ésta es declarada inconstitucional.

### **E) Inconstitucionalidad por omisión: una curiosa decisión del Tribunal ante el incumplimiento legislativo autonómico de una obligación legal fijada por los poderes centrales**

El segundo motivo de impugnación en la anterior decisión se centra en que la Ley asturiana no refleja las cuantías concretas de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios autonómicos. Se defiende pues la presencia de una infracción de las competencias estatales derivadas del artículo 149.1.18 CE y concretadas en el artículo 24.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que obliga a que las cuantías de las retribuciones de los funcionarios públicos figuren en los presupuestos de la respectiva Administración.

En este supuesto se plantea alguna peculiaridad respecto a la doctrina establecida por el TC en el supuesto de omisiones legislativas en el marco de la distribución de competencias (que se ha centrado en la declaración de inconstitucionalidad de preceptos autonómicos que reproducían parcialmente normativa básica estatal o normas estatales que no preveían la suficiente participación autonómica en el ejercicio de competencias compartidas) pues nos encontramos ante el incumplimiento de un deber legal declarado como básico por lo que la omisión no es reconducible a un precepto concreto de la ley autonómica impugnada sino a ésta en su conjunto.

El carácter materialmente básico del precepto ya fue aceptado por el TC en la STC 103/1997 y tras comprobar que en la ley de presupuestos asturiana impugnada no se ha producido la debida publicidad exigida por la norma estatal el TC procede a declarar la inconstitucionalidad en los siguientes términos: dado que la infracción “no es reconducible o anudable a ningún precepto o inciso de la Ley impugnada. Este hecho no sólo comporta que la declaración de inconstitucionalidad se desvincule de la declaración de nulidad, sino también que la primera no pueda predicarse de ningún precepto concreto” (FJ 9º).

### **F) Doble imposición: de nuevo sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 6.3 LOFCA y las dificultades para aplicar en la práctica la doctrina constitucional**

En la STC 179/2006, de 13 de junio, se resuelve de nuevo una cuestión de inconstitucionalidad planteada ahora desde el TSJ de Extremadura contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente, por su eventual contradicción con el artículo 6.3 de la LOFCA. El problema competencial es si el impuesto autonómico previsto en la citada ley grava la misma materia imponible que el impuesto municipal sobre bienes inmuebles, incurriendo en la duplicidad impositiva proscrita por el artículo 6.3 LOFCA.

El TC comienza su decisión, precisados el objeto y el canon de enjuiciamiento en el proceso, recordando su jurisprudencia relativa al principio de autonomía financiera de las CC-AA que implica la capacidad de las Comunidades Autónomas para acceder a un sistema

adecuado —en términos de suficiencia— de ingresos. Ello implica la posibilidad de establecer impuestos propios, posibilidad que encuentra entre sus límites la interdicción de la doble imposición (tanto respecto a tributos estatales como locales) prevista en el artículo 6 LOFCA.

El Tribunal recuerda que “el tributo puede no ser sólo una fuente de ingresos, una manera de allegar medios económicos a los entes territoriales para satisfacer sus necesidades financieras (fin fiscal), sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (fin extrafiscal)”, esto es, el legislador puede “configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones básicamente extrafiscales” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13º; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 6º; 194/2000, de 19 de julio, FJ 7º, y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4º).” Pudiendo las CC AA establecer tributos con finalidades exclusivamente extrafiscales y no recaudatorias (FJ 3º).

El TC también recuerda su compleja jurisprudencia en torno a la distinción entre hecho imponible y materia imponible que resume en los siguientes términos: “al ‘hecho imponible’ —creación normativa— le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto” y en el caso del artículo 6.3 LOFCA se establece “la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible. En este segundo supuesto, que es el aquí enjuiciado, resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico” (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 4º)”.

Tras examinar la configuración legal del impuesto local sobre bienes inmuebles y el establecido en la ley recurrida, el TC entiende que éste tiene idéntica concepción al declarado inconstitucional en la STC 289/2000 por incidir en la prohibición de doble imposición prevista en el artículo 6.3 LOFCA. Al igual que en aquella decisión nos encontramos ante un impuesto cuya finalidad es netamente fiscal que no grava la actividad contaminante, cosa legítima, sino la mera titularidad de unas instalaciones; no arbitra ningún mecanismo para la consecución del fin de protección medioambiental (a diferencia de lo que ocurría en el caso de las leyes anadaluzas y extremeñas sobre tierras infrautilizadas).

Se trata pues de un supuesto idéntico al planteado por el impuesto balear y diferente del más reciente referente “al gravamen catalán sobre los elementos patrimoniales afectos a actividades de las que puedan derivar la activación de planes de protección civil (declarado constitucional en la STC 168/2004). En efecto, aunque el impuesto extremeño se configura formalmente como un tributo extrafiscal con una finalidad medioambiental, sin embargo, no existe la necesaria conexión entre la finalidad que se dice perseguir (la

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

protección del medio ambiente) y el medio que se adopta para su consecución (el gravamen de los elementos patrimoniales), pues se hace total abstracción del modo en que cada instalación gravada incide en el medio ambiente en el que se desenvuelve (de manera que ni se estimula la realización de conductas respetuosas con el medio ambiente ni se desincentivan aquellas otras que sean nocivas para el mismo), gravando únicamente el valor de unas instalaciones calculado fundamentalmente en función a la facturación de las empresas titulares de las mismas” (FJ 9º).

De esta posición disienten tres magistrados que consideran que existen suficientes elementos en la regulación del impuesto contenido en la ley extremeña para concluir que no se produce la plena identificación con la materia imponible gravada por el impuesto de bienes inmuebles.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ENCARNACIÓN CARMONA

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

JUAQUÍN BRAGE



**III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Hu-**

**manos.** A) Introducción. B) Derecho a la vida y obligaciones positivas: responsabilidad del Estado por no custodiar la vida de los soldados o no investigar adecuadamente las muertes (artículo 2). C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) La cadena “perpetua” no es en sí misma contraria a los artículos 3 y 5 del Convenio, pero existe necesidad de justificar su continuidad tras el componente punitivo. b) Estado de las cárceles. c) Solicitantes de asilo y flagelación en Irán. Expulsión eventual contraria al artículo 3. D) Prohibición de trabajo forzoso. Obligaciones cívicas (participar en un jurado) y discriminación por razón de sexo [artículos 4.3.d) y 14]. E) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH). a) Privación por orden de expulsión. b) Duración de la prisión preventiva y revisión judicial: control no meramente formal sino efectivo. F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH). a) Dos condenas de España por citación por edictos y aplicación de la regla temporal de la nulidad del artículo 240.3 LOPJ. b) Derecho de defensa. Carencias evidentes del letrado de oficio. c) Recalificación del delito en sentencia. G) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). a) Vida privada; Límites a la recopilación de información política por los servicios de inteligencia. b) Vida privada; Obstáculos para la investigación de paternidad. c) Vida privada y familiar; Efectos temporales de los derechos de los transexuales desde Goodwin y no retroactivamente. d) Vida privada y familiar; Expulsión de una residente de larga duración por sanción administrativa. Rusos en Letonia. e) Vida privada y familiar: ¿Existe un derecho a renunciar a la nacionalidad? f) Vida privada y familiar. Inseminación artificial en el medio penitenciario. H) Libertad religiosa. Necesidad de acreditación para gozar de derechos especiales en el ámbito laboral (artículo 9). I) Libertad de expresión. Una condena civil puramente simbólica puede tener también un “efecto disuasorio” a evitar (artículo 10).

J) Derecho de manifestación. No puede prohibirse incondicionalmente una contramanifestación (artículo 11). K) Libertad de asociación. Denegación de inscripción de un partido político. No se justifica porque se califique como revolucionario o coincida con los objetivos de otros partidos políticos (artículo 11). L) Igualdad. Acción positiva. No hay discriminación en la fijación de una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres (artículo 14). M) Derecho a elecciones libres. Incompatibilidad mandato parlamentario aplicada retroactivamente (artículo 3, Protocolo 1). N) Libertad de circulación. Prohibición de abandonar un Estado por el impago de obligaciones fiscales [artículo 2.P).4].

**3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Inviolabilidad del domicilio. Las celdas de las cárceles no son domicilio, pero sí ámbito íntimo del recluso (artículo 18.1 y 2 CE). B) Secreto de las comunicaciones. De nuevo sobre la carencia de cobertura legal de las intervenciones telefónicas (artículo 18.3 CE). C) Derecho de reunión y manifestación. Las calles son espacio de participación democrática y no sólo ámbito de la circulación vial (artículo 21 CE). D) Derecho de asociación. Democraticidad interna de las asociaciones (artículo 22 CE). E) Cargos públicos representativos. Sanción a parlamentario tipificada suficientemente en el reglamento de la Cámara (artículos 23.2 y 25.1 CE). F) Tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). a) Acceso a la jurisdicción: legitimación de los miembros de los órganos colegiados. b) Acceso a la jurisdicción: norma que atribuye la representación del contribuyente al presentador de documentos ante la Administración. c) Asistencia jurídica gratuita e interrupción del plazo de prescripción. d) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo. e) La preterición del sistema de fuentes implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera auténtica indefensión. G) Libertad de empresa y derecho de propiedad en relación con los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos (artículos 33 y 38 CE).

**4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). a) El derecho al honor no queda vulnerado por una referencia de carácter anecdótico en un libro histórico. b) La falta de relevancia pública de una información sobre la salud determina la vulneración del derecho al honor. B) Derecho de participación política (artículo 23.1 CE): información y referéndum. C) Cargos discrecionales y motivación (artículo 23.2 CE). a) Impugnación del nombramiento del Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Na-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cional. b) Devolución de la terna propuesta por el Parlamento Vasco para cubrir una plaza del turno de juristas al Tribunal Superior de Justicia. D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Acceso a la jurisdicción y legitimación de la fundación de defensa del euskera para impugnar el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior del País Vasco. E) Autonomía universitaria: Estatutos de la Universidad Jaime I de Castellón (artículo 27 CE). F) Extranjeros. a) Igualdad y licencia de jugador profesional (artículo 14 CE). b) Asilo (artículo 13.4 CE). c) Denegación de entrada en territorio nacional y acuerdo de retorno.

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictadas en los meses de abril, mayo y junio de 2006.

#### 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

##### A) Introducción

El TEDH ha dictado en el segundo trimestre de 2006 472 sentencias.

Un importante número de ellas, como viene siendo habitual, constata la existencia de dilaciones indebidas. La lista de países es progresivamente creciente e incluye: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Ex república yugoslava de Macedonia, Francia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Polonia, República Checa, Rumanía, Rusia, Turquía y Ucrania. Mención especial merece Eslovenia, que acumula más de cincuenta condenas, y, en sentido positivo, que España no se encuentre incluida en esta larga lista. En líneas generales se aprecia que en estos casos han transcurrido más de seis años entre la demanda y el enjuiciamiento, y, en otro orden de cosas, que nos encontramos antes dilaciones estructurales que hacen cada vez más precisa la entrada en vigor de la reforma procesal del Protocolo 14.

También continúan los casos relacionados con la lucha contra el terrorismo en Turquía con violación, por ejemplo, del derecho a la vida **Erdogán y otros**, de 25 de abril, de la prohibición de tortura **Soner y otros**, de 27 de abril, del derecho a la libertad y seguridad; **Maçin**, de 4 de mayo, del derecho a un proceso equitativo; **Varli y otros**, de 27 de abril, o de la libertad de expresión; **Deniz**, de 27 de junio.

Hay también algunos asuntos en los que se aprecia vulneración de varios derechos en las condiciones y duración de la prisión provisional en Letonia, por ejemplo, en los casos **Kornakovs y Moisejevs**, ambos de 15 de junio. Polonia y la República Checa también lo han sido por duración excesiva de la prisión provisional, por ejemplo, **Golek contra Polonia**, de 28 de abril o **Tariq contra la República Checa**, de 18 de abril.

Además, una serie de asuntos contra Italia, de 29 de junio como Chiumento, La Frazia y Vertucci, que aplican la doctrina ya consolidada de que el conjunto de consecuencias derivadas de la inscripción de una persona en el registro de impagados supone una ingerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, teniendo en cuenta la naturaleza automática de esa inscripción y la ausencia de una evaluación y control judicial, así como por el tiempo necesario para la rehabilitación.

De los restantes podemos destacar las siguientes:

**B) Derecho a la vida y obligaciones positivas: responsabilidad del Estado por no custodiar la vida de los soldados o no investigar adecuadamente las muertes (artículo 2 CEDH)**

En **Ataman contra Turquía**, de 27 de abril, el TEDH analiza el suicidio de un soldado de reemplazo mientras hacía guardia nocturna, dos meses después de haber estado hospitalizado en un psiquiátrico. El tribunal considera que las autoridades estatales tienen la obligación, en determinadas circunstancias, de adoptar medidas preventivas para proteger a un individuo de otro o de sí mismo, y que en este caso conocían que existía un riesgo real e inmediato de que el soldado se suicidara debido a sus problemas psiquiátricos y lo mantuvieron en activo y con arma de fuego. Tampoco se ha realizado una investigación completa y efectiva sobre los hechos.

En la misma línea, el asunto **Sergey Vasilyevich Shevchenko contra Polonia**, de 4 de abril, aprecia vulneración del artículo 2 por no haberse llevado a cabo una investigación efectiva en el seno del ejército por el fallecimiento de un soldado, propiciando una explicación en clave de suicidio, pasando por alto elementos de prueba que no avalaban en principio esa tesis; por negar el estatus de víctima al padre del fallecido, y por estar al frente de dicha investigación la propia autoridad implicada. También **Pereira Henriques contra Luxemburgo**, de 9 de mayo, que lo considera vulnerado porque tras la muerte de varios trabajadores de la construcción la investigación posterior no llegó a determinar las causas últimas del accidente laboral y **Byrzykowski contra Polonia**, de 27 de junio, en el que se declara que existe violación de los aspectos procedimentales del artículo 2 como consecuencia del retraso en la investigación y enjuiciamiento de la muerte de su mujer en un hospital público en el que estaba siendo atendida en el parto y el nacimiento del hijo con serios problemas de carácter neurológico.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

##### a) La cadena “perpetua” no es en sí misma contraria a los artículos 3 y 5 del Convenio, pero existe necesidad de justificar su continuidad tras el componente punitivo

En *Léger contra Francia*, de 11 de abril, se considera que la cadena perpetua cumplida efectivamente durante más de 41 años, no es contraria a los artículos 3 y 5 del CEDH, pero añade —en la línea de los casos contra Gran Bretaña por la modalidad de condenas “Under her Majesty Pleasure” ya comentadas en esta Revista y del que Tribunal Constitucional alemán en BVerfGE 45, 187 (1977)— que una vez satisfecho el componente punitivo, la continuación del cumplimiento sólo se justifica por consideraciones de riesgo o peligrosidad.

##### b) Estado de las cárceles

En el asunto *Kadikis contra Letonia*, de 4 de mayo, el TEDH declara vulnerada el artículo 3 debido a las condiciones de la prisión en la que el recurrente sufrió su pena privativa de libertad. Estuvo detenido quince días en una celda de unos seis metros cuadrados que compartía con otros cuatro reclusos, sin luz natural, ni ningún sistema de aireación, recibiendo una comida diaria, y sin salir de ella más que en las contadas ocasiones en las que le permitía ir al baño.

##### c) Solicitantes de asilo y flagelación en Irán. Expulsión eventual contraria al artículo 3

En el asunto *D y otros contra Turquía*, de 22 de junio, los recurrentes son una pareja de solicitantes de asilo iraníes de origen kurdo y acerí, y de distintas religiones, que alegan que su devolución a Irán implicaría vulneración del artículo 3 del Convenio al estar condenados en su país a flagelación por adulterio. La Corte aplica la doctrina sentada en el caso *Jabari*, ya comentado en esta Revista, de que la eventual expulsión de los recurrentes a Irán implicaría una vulneración del artículo 3, diferenciándose únicamente en que en esta ocasión la pena no es la ejecución sino la flagelación que se considera en sí misma inhumana y degradante.

##### D) Prohibición de trabajo forzoso. Obligaciones cívicas (participar en un jurado) y discriminación por razón de sexo [artículos 4.3.d) y 14]

En el caso *Zarb Adami contra Malta*, de 22 de junio, la recurrente, una farmacéutica que ha sido multada con 240 euros por no participar en un jurado, tras haberlo hecho previamente en varias ocasiones, afirma que se ha producido una discriminación por razón de sexo en relación con el cumplimiento de una obligación cívica normal en el sentido del artículo 4.3.d) del Convenio.

La Corte comienza por recordar que el artículo 14 debe ser puesto en relación con un derecho material y considera, siguiendo el precedente de *Karlheinz Schmidt contra Alemania*, que la actuación obligatoria como jurado forma parte del artículo 4.3.d). En este caso analizado la discriminación no procede de la ley, sino de una práctica que provoca

que efectivamente muy pocas mujeres sean llamadas a servir como jurados –y que las que lo son tengan muchas posibilidades de repetir– de manera que, por ejemplo, en 1976 la lista estaba compuesta por 147 mujeres y 4298 hombres, y sirvieron como jurados 5 mujeres y 174 hombres. Concluye que se ha producido un tratamiento diferente entre hombres y mujeres que al parecer se encuentra en vías de superación, pero que carece de justificación razonable.

## **E) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH)**

### **a) Privación por orden de expulsión**

En *Mohd contra Grecia*, de 27 de abril, el TEDH enjuicia una doble detención del recurrente, antes y después de que se dictara una orden de expulsión contra él. El Tribunal analiza si existía base legal que permitiera la detención, si cumplía los requisitos de previsibilidad y accesibilidad y si podía considerarse, en el primer supuesto, que existía un procedimiento de expulsión en curso. En relación con este último aspecto, subraya que no puede considerarse que existe un procedimiento de expulsión en curso hasta que una autoridad gubernativa o un tribunal emitan una orden de expulsión, por lo que su detención no fue conforme al artículo 5.1 CEDH.

### **b) Duración de la prisión preventiva y revisión judicial: control no meramente formal sino efectivo**

Es relevante porque evidencia la preocupante situación del país, el *Caso Mamedova contra Rusia*, de 1 de junio de 2006. En el curso de una investigación por fraude financiero el actor fue detenido y sometido a prisión preventiva que le fue prorrogada una decena de veces. El régimen de la cárcel muy deficiente ya que no reunía suficientes condiciones de espacio ni sanitarias ni permitía realmente hacer ejercicio al aire libre. La Corte estima violado el artículo 3 CEDH. Respecto del período de detención preventiva, se determina que superó el año lo que excede del plazo razonable dado que no se intentaron otras medidas preventivas que aseguraran su comparecencia en juicio (artículo 5.3), y que la decisión de las sucesivas prórrogas se debió simplemente a la abstracta gravedad de las imputaciones y se adoptaron sin oírse la opinión del detenido ni revisarse los hechos; en suma, sin un verdadero control judicial al usar los tribunales fórmulas estereotipadas. Asimismo el recurso judicial frente a su detención (artículo 5.4) se hizo sin dar audiencia al recurrente, todo lo cual “no hace efectivo el control de la legalidad de la detención”.

## **F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH)**

### **a) Dos condenas de España por citación por edictos y aplicación de la regla temporal de la nulidad del artículo 240.3 LOPJ**

En *Lacárcel Menéndez contra España*, de 15 de junio, se reclama de la recurrente cierta cantidad de dinero por impago de los gastos de comunidad. Comparece ante el juez y

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

declara que en realidad es hija del rey Alfonso XIII. Es citada posteriormente en tres ocasiones infructuosamente a juicio y acaba notificándose en estrados y por edictos en el Boletín Oficial de la Comunidad. Mientras todo esto sucede otro juez de Murcia autoriza su internamiento en un psiquiátrico y empieza un procedimiento de declaración de incapacidad que termina años después. Su hermana intenta un incidente de nulidad sobre el entonces vigente artículo 204.3 de la Ley, que es rechazado considerando que no se puede dar efectos retroactivos a la inhabilitación.

**Díaz Ochoa contra España**, de 22 de junio, es otro caso de interpretación restrictiva de la cláusula de los 5 años para la nulidad que estaba prevista en el artículo 240.3 LOPJ en un supuesto de citación por edictos. La Corte considera que dadas las circunstancias del caso, en el que la dirección del recurrente se encontraba en el expediente judicial, a pesar de lo cual no le notificó personalmente la existencia del juicio que se desarrollaba contra él, situación no resuelta mediante el incidente de nulidad al haber transcurrido el plazo legal de 5 años en el que era posible su ejercicio, ni mediante el recurso de amparo, que consideró razonable este motivo, supone una interpretación excesivamente restrictiva del derecho de acceso a los tribunales, contraria al artículo 6.1.

#### **b) Derecho de defensa. Carencias evidentes del letrado de oficio**

En **SANNINO contra Italia**, de 27 de abril, el TEDH considera vulnerado el derecho a un proceso equitativo en la medida en que el recurrente fue condenado penalmente en un procedimiento en el que el abogado de oficio no asistió a ninguna de las diferentes audiencias públicas pidiendo en cada caso los tribunales su sustitución, actuando los sustitutos sin tiempo para preparar la defensa, sin solicitar el interrogatorio de ninguno de los testigos de descargo, ni defender de hecho al recurrente.

#### **c) Recalificación del delito en sentencia**

En el asunto **I.H. y otros c. Austria**, de 20 de abril, el TEDH afirma que la recalificación del delito en la sentencia condenatoria provocó la vulneración de su derecho a un proceso equitativo, y de sus derechos a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación y a disponer de plazo suficiente para preparar su defensa. El TEDH indica que, en aquellos casos en los que la revisión o la apelación permiten plantear tanto cuestiones de hecho como de derecho, la recalificación no constituirá una violación del artículo 6 CEDH, pero si como ocurre en Austria no es posible revisar cuestiones de hecho, implica vulneración del Convenio.

#### **G) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8)**

##### **a) Vida privada; Límites a la recopilación de información política por los servicios de inteligencia**

Es importante por la materia de que se ocupa, quizá el más relevante de esta parte de la crónica, el **Caso Segerstedt-Wiberg y otros contra Suecia**, de 6 de junio, en el que se

consideran violados los derechos de los artículos 8, 10 y 11 de los cuatro primeros recurrentes y la garantía del artículo 13 respecto de los cinco. Los actores, todos ellos personajes bien conocidos por su actividad política, hicieron requerimientos infructuosos para conocer los documentos e información que acerca de ellos tenía registrada la Policía de Seguridad Sueca en relación a sus actividades claramente políticas: afiliación a partidos, campañas antinazis, relaciones con la Unión Soviética, desarme y solidaridad internacional, etc. Requerimientos que fueron rechazados en todo o en parte por poder poner en peligro la prevención del crimen y la seguridad nacional al amparo de lo dispuesto en una ley de secretos de Estado.

Los recurrentes se quejaban ante la Corte del acopio de información que les afectaba por la policía de seguridad sin revelarles su contenido y extensión. El TEDH resuelve que esta interferencia viene cubierta por los derechos del artículo 8 CEDH y que era acorde con las leyes suecas, así como que respondía a una finalidad legítima. La labor de los servicios de inteligencia debe legítimamente existir en una sociedad democrática y los poderes de vigilancia secreta de los ciudadanos son tolerables bajo el Convenio (se cita el precedente de **Klass y otros contra Alemania**) “sólo en la medida en que sean necesarios para la salvaguardia de las instituciones democráticas”. Si bien las interferencias deben ser proporcionadas y ponderar el derecho al respeto de la vida privada, no obstante, gozar las autoridades de un margen de apreciación.

El Gobierno sueco demandado informó al TEDH sobre este asunto, lo que permite a la Corte revisar caso por caso, pormenorizadamente, lo acaecido, a efectos de evaluar la necesidad de la medida –recoger secretamente esa información– en una sociedad democrática, unos extremos que es imposible resumir aquí, para alcanzar como conclusión que la información recopilada era necesaria respecto del primer recurrente, pero no en relación a los demás para los que se violó el artículo 8 CEDH. Sorprende el carácter minucioso de la supervisión europea, pese al margen nacional que dice reconocerse.

Por lo que atañe al rechazo de las solicitudes de información recogida a instancias de los afectados y titulares del derecho, la Corte no considera que se viole el artículo 8 CEDH dado los intereses de la seguridad nacional en juego y el amplio margen de apreciación nacional que reconoce el apartado 2º de ese precepto. Sin embargo, estima violados los artículos 10 y 11 CEDH por el adverso efecto que en los derechos políticos de los cuatro últimos actores tuvo la recopilación de sus datos personales, opiniones políticas, afiliaciones y actividades. Y ciertamente este pronunciamiento (§ 481) se hace de manera quizá lacónica en exceso para resultar del todo convincente. Es significativo que el TEDH actúe en este caso, al socaire de los derechos en juego, materialmente al modo de un Tribunal Constitucional de los que resuelve litigios sobre el alcance de los secretos de Estado por vía de conflicto entre poderes.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### b) Vida privada; Obstáculos para la investigación de paternidad

Respecto de la reciente preocupación del TEDH sobre la investigación de paternidad (puede verse en esta revista, **Shofman contra Rusia**, de 24 de noviembre de 2005), tenemos el **Caso Ebru y Tayfun Engin Colak contra Turquía**, de 30 de mayo de 2006, donde vuelve a reconocerse un cierto margen de apreciación nacional en la materia y se admite que es compatible con el Convenio que los Estados no prevean medios de obligar a los supuestos padres naturales demandados (aquí un popular cantante) a someterse a pruebas de ADN, pero asimismo se dice que deben ordenar un justo equilibrio de intereses con los derechos de quienes ejercen la acción de filiación, y extraer consecuencias del rechazo y de otras pruebas, sin mantener a los actores en una prolongada situación de incertidumbre (el proceso duró más de 8 años). De nuevo, el margen nacional existe, pero no es ilimitado o absoluto ni irrevisable.

También en **Rozanski contra Polonia**, de 18 de mayo, donde el padre biológico de un muchacho, —ambos fueron abandonados por la madre—, insta un reconocimiento de su propia paternidad sin conseguirlo tras un proceso extremadamente dilatado y complejo y se diría que innecesariamente embrollado. De manera extraordinariamente antiformalista, y muy realista, el TEDH concluye que dada la falta de un procedimiento accesible al actor, la absoluta discrecionalidad de los poderes de las autoridades para decidir el pleito, y la manera burocrática o “a la ligera” en que se ejercieron esos poderes, el Estado falló en su obligación positiva de asegurar el respeto a ese derecho.

#### c) Vida privada y familiar; Efectos temporales de los derechos de los transexuales desde Goodwin y no retroactivamente

Un nuevo asunto de transexuales británicos es **Grant contra el Reino Unido**, de 23 de mayo de 2006, donde se analiza el caso de un transexual que sirvió como hombre en el ejército y la policía, operándose después para cambiar de sexo y poder presentarse como mujer, y con tal condición pagó sus contribuciones a la seguridad social y figuraba en el carné de la misma. Al pedir una pensión se le rechazó. La Corte trae a colación el conocido **Caso de Christine Goodwin** de 2002, sobre los derechos de los transexuales operados y concluye que el rechazo de una pensión como mujer con posterioridad a la fecha de esa sentencia —no desde las previas que antes intentó— viola el Convenio.

#### d) Vida privada y familiar; Expulsión de una residente de larga duración por sanción administrativa. Rusos en Letonia

**Shevanova contra Letonia**, de 15 de junio. La recurrente es una ciudadana rusa que reside en Letonia desde 1970. Se casa y tiene un hijo en ese país, posteriormente se divorcia. En 1991 como consecuencia de la división de la Unión Soviética pierde su nacionalidad y es inscrita como residente permanente en Letonia. En 1994 vuelve a obtener la nacionalidad rusa manipulando su antiguo pasaporte soviético al trabajar temporalmente para una empresa letona en Rusia, la manipulación se descubre en Letonia al renovar su residencia, se anula su inscripción como residente y se dicta contra ella una orden de expulsión por cinco años, que no llega a ser ejecutada.

La Corte comienza por reconocer que hay injerencia en la vida privada, pero no en la vida familiar al ser su hijo ya mayor de edad y no existir “elementos suplementarios de dependencia”. Señala a continuación que la injerencia existe aun cuando no se haya ejecutado la orden de expulsión y ya no se pueda hacer por haber transcurrido tres años desde su adopción, y ello porque “no es suficiente que el Estado se abstenga de expulsar al interesado, sino que hay que asegurarle con medidas positivas su posibilidad de ejercer el derecho a su vida privada”.

A continuación se centra en el carácter necesario de la medida y concluye que no lo es fundamentalmente porque se adopta no por la comisión de un delito, sino por una simple contravención administrativa que debería haber sido objeto de una multa relativamente moderada que, por otra parte, no se le ha impuesto.

Relativamente similar a la anterior, puede igualmente destacarse otra condena a Letonia por no regularizar la situación de una persona de origen georgiano sin nacionalidad tras la caída de la Unión Soviética: **Kaftailova contra Letonia**, de 22 de junio.

#### **e) Vida privada y familiar: ¿Existe un derecho a renunciar a la nacionalidad?**

En **Riener contra Bulgaria**, de 23 de mayo de 2006, el recurrente que no podía abandonar Bulgaria por impago de una deuda tributaria intenta renunciar a su nacionalidad, lo que le es rechazado. La Corte hace una indagación de Derecho comparado respecto de las restricciones a la renuncia a la nacionalidad y trae a colación el Convenio sobre nacionalidad del Consejo de Europa que permite a los individuos renunciar a su nacionalidad, y obliga a que los Estados la admitan, si el individuo no se convierte en apátrida. Finalmente, en cambio, no estima violado el artículo 8 CEDH, por este motivo. Se dice que el Convenio Europeo no prevé un precepto como el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, referido al derecho a la nacionalidad, pero el TEDH ha interpretado que este derecho puede caer “en ciertas circunstancias” bajo la protección del citado artículo dado el impacto de la denegación de la nacionalidad en la vida privada. Pero ni el Convenio ni sus protocolos garantizan un derecho a renunciar a la nacionalidad a diferencia de otros instrumentos internacionales. Sin embargo, el rechazo arbitrario a esa renuncia puede igualmente en ciertos casos venir protegido por el artículo 8 CEDH. Desde una aproximación pragmática, la Corte concluye que el rechazo en este caso concreto no podía tener consecuencias prácticas, pues, según el Derecho de Austria, el recurrente no tenía derecho a la doble nacionalidad.

Un interesante Voto Particular del Juez Maruste discrepa y razona en este extremo, desde una perspectiva más teórica y general, que la nacionalidad es parte de la identidad y si el artículo 8 cubre el derecho a la autodeterminación o al libre desarrollo de la personalidad en materia, v.gr., de orientación sexual, indiscutiblemente y por la misma razón debe cubrir la ciudadanía y la nacionalidad, en su dimensión positiva y negativa, pues es parte de esa autodeterminación social, cultural y política. En consecuencia, el rechazo a la renuncia no podía proceder del impago de una obligación.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### f) Vida privada y familiar. Inseminación artificial en el medio penitenciario

En **DICKSON contra el Reino Unido**, de 18 de abril, el TEDH analiza si la negativa de las autoridades británicas a permitir que un recluso y su esposa siguieran un procedimiento de inseminación artificial es contraria al derecho a la vida familiar. La cuestión se plantea porque la legislación penitencia británica no prevé visitas conyugales, y la esposa del recluso alcanzaría la edad de 51 años durante el período de internamiento de éste, de forma que la inseminación artificial sería la única forma a través de la cual ambos podían intentar tener descendencia. El TEDH comienza su razonamiento indicando que la decisión de iniciar un procedimiento de inseminación artificial es una decisión que entra dentro del ámbito privado que protege el artículo 8 CEDH. Sin embargo, señala que este ámbito se puede ver sometido a determinados controles en el caso de los reclusos. Analiza la legislación de otros Estados parte, y concluye que sólo la mitad de ellos permiten a los reclusos recibir “visitas conyugales”. A falta de consenso, aplica el amplio margen de apreciación nacional y desestima las alegaciones de los recurrentes.

#### H) Libertad religiosa. Necesidad de acreditación para gozar de derechos especiales en el ámbito laboral (artículo 9)

En **Kosteski contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia**, de 13 de abril de 2006, el TEDH declara, por unanimidad, que no se vulnera la libertad religiosa en el caso de la sanción disciplinaria a un trabajador que se ausenta una jornada de su trabajo supuestamente para asistir a un festival religioso musulmán, pues, aun en la hipótesis de que ello fuera manifestación de sus creencias y la sanción una injerencia (algo de lo que no parece estar convencido), lo cierto es que ni acreditó que profesara dicha religión ni existían signos externos de ello, y en el particular contexto de una relación laboral era proporcionado a la finalidad de proteger los derechos de otros exigirle alguna prueba de la autenticidad de sus creencias. Tampoco hay discriminación por el hecho de que no se reclamara esta prueba en otros casos, pues precisamente aquí había circunstancias que suscitaban dudas al respecto.

#### I) Libertad de expresión. Una condena civil puramente simbólica puede tener también un “efecto disuasorio” a evitar (artículo 10)

En **Brasilier contra Francia**, de 11 de abril, el Tribunal se enfrenta a una condena a una indemnización simbólica de un franco y recuerda su doctrina de que cualquier interferencia con la libertad de expresión puede tener un efecto disuasorio a evitar. Parece que en este ámbito no rige la máxima de *minimis non curat praetor*, como ya dijera nuestro TC en su sentencia 163/1986, de 17 de diciembre.

#### J) Derecho de manifestación. No puede prohibirse incondicionalmente una contramanifestación (artículo 11)

En el caso **Öllinger contra Austria**, de 29 de junio, el recurrente es un parlamentario de un partido verde al que se le prohíbe, por razones de orden público, celebrar una manifestación (a la que prevé la asistencia de 6 personas) para conmemorar el asesinato de judíos austríacos a manos de las SS por coincidir con una reunión de la *Kameradschaft*

IV (Asociación de camaradas de las SS). El TEDH considera que existe vulneración del artículo 11 al adoptarse una prohibición incondicional de la contramanifestación, siendo posible otro tipo de medidas que aseguren al mismo tiempo el derecho de manifestación de ambas partes y la protección del orden público.

**K) Libertad de asociación. Denegación de inscripción de un partido político. No se justifica porque se califique como revolucionario o coincida con los objetivos de otros partidos políticos (artículo 11)**

En *Tsonev contra Bulgaria*, de 13 de abril, se aprecia, por cinco votos contra dos, una violación de la libertad de asociación al considerar que la coincidencia de objetivos con los de otros partidos no puede impedir la inscripción y que el hecho de que figure la palabra “revolucionario” en el preámbulo de sus estatutos no es suficiente si no se acredita que pretende recurrir a la violencia o persigue objetivos antidemocráticos, máxime cuando también se utiliza ese vocablo en la denominación y los programas de otros partidos políticos en Bulgaria.

**L) Igualdad. Acción positiva. No hay discriminación en la fijación de una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres (artículo 14)**

En *Stec y otros contra Reino Unido*, de 12 de abril, la Gran Sala considera como no discriminatoria la fijación, desde 1940, de una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres o atender a esa edad de jubilación para fijar la edad límite para cobrar una prestación por incapacidad laboral. Se trata de acciones positivas a favor de la mujer, cuya adopción entran dentro del campo de apreciación nacional.

**M) Derecho a elecciones libres. Incompatibilidad mandato parlamentario aplicada retroactivamente (artículo 3, Protocolo 1)**

Asunto *Lykourazos contra Grecia*, de 15 de junio. El recurrente alega que, como consecuencia de una reforma constitucional de 2001 que ha creado una incompatibilidad absoluta a los Diputados para cualquier otra profesión, ha sido desposeído de su mandato en el Parlamento, para el que había sido elegido en el año 2000, con vulneración del artículo 3 del Protocolo 1.

La Corte empieza por recordar que este artículo garantiza el derecho a presentarse como candidato a unas elecciones y, una vez elegido, a ejercer el mandato, aspecto este último que parece novedoso en la jurisprudencia, y se centra sobre todo en el hecho de que en el momento de su elección no existía tal incompatibilidad, de forma que al privarle de la condición de diputado “le ha desprovisto de sus funciones parlamentarias y privado a sus electores de un candidato al que habían elegido por cuatro años”. La sentencia es, por otra parte, interesante desde el punto de vista doctrinal, al contener un detallado estudio de las incompatibilidades parlamentarias en los países parte del Convenio.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **N) Libertad de circulación. Prohibición de abandonar un Estado por el impago de obligaciones fiscales [artículo 2.P).4]**

Un asunto importante ya recogido en esta crónica con relación al artículo 8 y que encierra un manifiesto abuso de las autoridades nacionales es el **Caso Riener contra Bulgaria**, de 23 de mayo, referido a la libertad de circulación y a la prohibición al empresario recurrente de abandonar ese Estado por el impago de obligaciones fiscales. Una prohibición que duró 9 años mientras su familia vivía en Austria.

La Corte investiga la situación del Derecho comparado en los Estados parte y evidencia que esas prohibiciones existen en una docena de países de Derecho Civil y en los dos de Derecho Común, Reino Unido e Irlanda, en virtud de un mandato judicial que pueden pedir las autoridades tributarias. Recuerda que el apartado 3º del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sirvió de base para la elaboración del apartado 3 del artículo 2 del Protocolo 4, permite a los Estados establecer restricciones previstas en las leyes y por motivos de orden público; y los trabajos preparatorios del Pacto revelan que el proyecto llegó a contener 14 razones para hacer restricciones, entre ellas, las deudas tributarias. Y se cita una decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Miguel Gonzáles del Río contra Perú) en la cual se admitieron restricciones por esa causa, pero siempre y cuando la duración del proceso no fuera excesiva e indebida.

Reseñada la compleja legislación nacional e internacional, se recuerda que el artículo 2.P).4, libertad de circulación, incluye el derecho a salir de un país y dirigirse a otro país de la elección del titular de un derecho y en el que pueda ser admitido; y cualquier medida que restrinja el derecho debe perseguir una finalidad legítima, como permite el artículo 2.3.P).4, y efectuar una ponderación entre los intereses públicos y privados. El TEDH estima legítimo el fin de garantizar el cobro de las deudas tributarias impagadas. Pero estima la medida de prohibición de salida desproporcionada y violada la garantía europea dada la duración del período, puesto que rigió durante 4 años hasta la ratificación por Bulgaria del Protocolo 4 y después otros 5 años.

### **3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **A) Inviolabilidad del domicilio. Las celdas de las cárceles no son domicilio, pero sí ámbito íntimo del recluso (artículo 18.1 y 2 CE)**

STC 89/2006, de 27 de mayo, Sala Primera. Aunque el TC, recordando su STC 283/2000, reconoce que la celda es un espacio apto para desarrollar la vida privada, pero apunta que no constituye domicilio en sentido constitucional, pues ni ha sido elegido por el ocupante ni excluye la actuación del poder público. Al contrario, la celda está sometida a un control público legitimado en razones de organización y seguridad. Ahora bien, los registros en las celdas han de realizarse con el menor sacrificio posible del derecho a la intimidad y deben justificarse. En este caso la finalidad legítima existía –perseguir el narcotráfico en la prisión– pero no se informó al ocupante, lo que convirtió el registro en desproporcionado. Se estima amparo.

**B) Secreto de las comunicaciones. De nuevo sobre la carencia de cobertura legal de las intervenciones telefónicas (artículo 18.3 CE)**

STC 104/2006, de 3 de abril. Sala Primera. Una vez más el TC (como ya lo hizo el TEDH) pone de relieve la ausencia de un previo juicio de proporcionalidad que debería hacer el legislador, delimitando la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación puede acordarse la intervención telefónica. Hasta que llegue la ley, al TC corresponderá desarrollar una cierta función de suplencia. En este caso –la condena por un delito contra la propiedad intelectual– el TC apunta que no sólo debe tenerse en cuenta la gravedad de la pena, el bien jurídico protegido y su comisión por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del empleo de tecnologías de información cuyo uso facilita el delito y dificulta su persecución. Desestima el amparo.

En cambio, la misma Sala Primera, en la STC 146/2006, de 8 de mayo, otorga amparo, al entender que no hubo motivación suficiente en el auto judicial que acuerda la intervención telefónica ya que se funda en una genérica descripción de la actividad delictiva. El TC reitera su doctrina según la cual la intervención telefónica no puede ser el primer paso de la investigación policial. Tampoco el auto de prórroga era legítimo pues, además de carecer también de motivación suficiente, fue dictado sin que constase control judicial alguno de los resultados de la intervención ya practicada, y porque no fue notificada al Ministerio fiscal.

Como consecuencia de la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, se lesionó asimismo el de presunción de inocencia. Por ello no se retrotraen las actuaciones para que el órgano judicial valore el resto de las pruebas, sino que se anula la sentencia condenatoria por razones de economía procesal y de pronta protección de los derechos fundamentales.

**C) Derecho de reunión y manifestación. Las calles son espacio de participación democrática y no sólo ámbito de la circulación vial (artículo 21 CE)**

STC 90/2006, de 27 de mayo, Sala Segunda. El TC otorga el amparo a CCOO y UGT, convocantes de una manifestación contra la ley de calidad de la educación, en el año 2002. El otorgamiento no se funda en la extemporaneidad de la decisión gubernativa que carece en este caso de relevancia constitucional pues la conocieron los convocantes con tiempo suficiente y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid pudo pronunciarse con anterioridad a la fecha de la celebración. Lo que justifica la estimación del amparo es que la supresión parcial del derecho de manifestación (convertir la marcha por la Gran Vía en una concentración en la Plaza de España) no fue proporcional. El objetivo perseguido, evitar el colapso circulatorio, se cumplió con la medida y resultaba idónea, pero para el TC no se cumplieron los otros dos requisitos del juicio de proporcionalidad: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Respecto al primero, no puede aceptarse que la restricción fuera necesaria para garantizar el orden público (artículo 21.2 CE) y que no hubiera una medida alternativa más respetuosa con el ejercicio del derecho de reunión

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de los convocantes. Tampoco la medida puede considerarse proporcional en sentido estricto pues la fluidez del tráfico de Madrid no tiene mayor relevancia constitucional que el ejercicio del derecho de reunión, cuya relevancia como instrumento de participación en el Estado social y democrático de derecho ha sido puesta de relieve en varias ocasiones por el TC.

También en la **STC 163/2006, de 22 de mayo**, Sala Segunda, el TC otorga amparo al sindicato USO que convocó junto con CCOO dos manifestaciones de trabajadores del INEM. La Delegación del Gobierno de Madrid, que había ofrecido un trayecto alternativo pero sin afectación de la circulación vial (zona peatonal del Paseo del Prado), acabó desautorizando la manifestación y autorizando únicamente una concentración ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Con un razonamiento similar al vertido en la STC 90/2006, se acaba estimando el amparo.

**STC 110/2006, de 3 de abril**, Sala Segunda. El TC también otorga amparo a quien fue sancionado por el **Delegado del Gobierno en Extremadura** con el pago de una multa de 310 euros por instigar a 50 o 60 personas que asistían a una manifestación, para que ocuparan la calzada de una avenida de Badajoz, ocupación que se prolongó durante 45 minutos. Como la manifestación estaba autorizada, la ocupación de la calzada tenía cobertura del artículo 21 CE, sin que se dieran las circunstancias previstas en el artículo 21.2 CE para que pudiera ser impedida tal ocupación.

#### **D) Derecho de asociación. Democrática interna de las asociaciones (artículo 22 CE)**

En las **SSTC 133/2006, 134/2006 y 135/2006, todas de 27 de abril**, Pleno, está principalmente en juego el alcance de las competencias respectivas para incidir en la materia de asociaciones (véase la crónica sobre Procesos y competencias). No obstante, las SSTC 133/2006 y 135/2006 también se ocupan del contenido del derecho. La primera de ellas deja claro, en línea con la jurisprudencia anterior (en especial la STC 173/1998 sobre la ley vasca de asociaciones), cuál es el alcance de la reserva de ley orgánica, ex artículo 81.1 CE en relación con el título competencial del Estado, recogido en el artículo 149.1.1 CE, para regular el derecho de asociación. El Estado podrá regular los requisitos mínimos indispensables que aseguren el ejercicio del derecho en sus cuatro facetas o dimensiones: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas, y dimensión interprivatos (garantía de un haz de facultades de los asociados, individualmente considerados, frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse). En otras palabras, las condiciones básicas son aquellos requisitos indispensables que guardan conexión directa e inmediata con esas facetas del derecho de asociación apuntadas. A esto hay que añadir el elemento teleológico, pues la regulación de las condiciones mínimas sirve para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y, por tanto, hay que interpretarla desde la perspectiva que ofrece el juicio de proporcionalidad. Así que las condiciones básicas no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo del derecho constitucional.

Si en STC 133/2006 no advierte el TC inconstitucionalidad material sino sólo alguna extralimitación competencial del Estado, en la STC 135/2006, además de tales excesos competenciales, detecta vicios materiales en la ley catalana, el más importante de los cuales es la exigencia de estructura y funcionamiento democráticos para las asociaciones. Para el TC la Constitución no exige esta democraticidad salvo para ciertas manifestaciones asociativas; por otro lado, aunque la ley orgánica de asociaciones parece imponer esa misma exigencia, la excluye de numerosas figuras asociativas y, en todo caso, ha de interpretarse conforme a la Constitución. En consecuencia, la exigencia estricta de democraticidad en la organización y funcionamiento de todas las asociaciones que introduce la ley catalana es inconstitucional.

El TC también considera inconstitucional privar del derecho de voto al asociado que desarrolle un trabajo remunerado para la asociación. Para el TC debería ser la asamblea asociativa la que apreciase el eventual conflicto de intereses.

#### **E) Cargos públicos representativos. Sanción a parlamentario tipificada suficientemente en el reglamento de la Cámara (artículos 23.2 y 25.1 CE)**

STC 129/2006, de 24 de abril, Sala Primera. Se deniega el amparo al señor Iturgaiz que, cuando era parlamentario vasco, fue sancionado con la suspensión de sus derechos y deberes durante un mes, por accionar el botón electrónico de presencia de otro parlamentario. Para el TC la laxa predeterminación de las sanciones que acompaña a los reglamentos parlamentarios (en este caso el artículo 89 del RPV se refiere a una “suspensión temporal de los derechos y deberes” acordada por el Pleno de la Cámara) ha de acompañarse de lo decantado por las prácticas parlamentarias acreditadas y debe superar un examen de proporcionalidad. Según la anterior, parece justificada la sanción recibida por el recurrente ante la gravedad de la falta, pues modificó los términos de la votación. Es irrelevante que el sancionado no accionara ninguno de los botones correspondientes a las distintas intenciones de voto, pero participó doblemente en el proceso de votación al alterar el número de parlamentarios, determinante del umbral de la mayoría decisoria. Suplantando la personalidad de otro parlamentario infringió el deber de respeto de los procesos y mecanismos de votación.

#### **F) Tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)**

##### **a) Acceso a la jurisdicción: legitimación de los miembros de los órganos colegiados**

La STC 108/2006, de 3 de abril, Sala Primera, estudia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción en que incurren las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo que inadmitieron, por falta de legitimación activa, el recurso contencioso-administrativo presentado por un diputado provincial frente al Decreto del

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Presidente de la Diputación que contrataba a una persona para prestar servicios como administrativo. El artículo 20.a) LJCA excluye la legitimación de los miembros de los órganos colegiados de una Administración Pública para impugnar la actividad de ésta, salvo los casos en que la Ley lo autorice expresamente. Por su parte, el artículo 63.1.b) LBRL admite, única y exclusivamente, la legitimación de los miembros que votaron en contra del acto impugnado. El recurrente en amparo no había asistido a la votación.

El Tribunal Constitucional entiende que –interpretando de forma finalista las citadas normas legales– pueden impugnar las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido la Diputación Provincial: a) tanto los diputados que votaron en contra del acuerdo que se adoptó; b) como aquellos que no participaron por causas ajenas a su voluntad. La razón radica en el legítimo interés en preservar el correcto funcionamiento de la Corporación local. Es notable la vinculación en este caso entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el artículo 23 CE.

El Magistrado Delgado Barrios formula un Voto Particular, al que se adhiere el Magistrado Pablo Pérez Tremps, por considerar que el Tribunal se ha excedido en su interpretación de la legalidad. Según el Voto Particular, la exclusión de la legitimación de los miembros de los órganos colegiados de una Administración pública para impugnar la actividad de ésta tiene su fundamento en la voluntad de que las decisiones de los órganos administrativos se adopten en su seno de acuerdo con las reglas de mayoría aplicables, sin que los debates propios de la sede administrativa se trasladen al ámbito jurisdiccional.

Sostienen que tiene perfecto sentido negar la legitimación de quien no se ha integrado en el órgano colegiado en el momento de adoptar la decisión, porque el ordenamiento jurídico, en su reparto competencial, no le ha encargado la gestión de la vertiente del interés público afectado.

En la **STC 172/2006, de 5 de junio**, Sala Segunda, se plantea un nuevo conflicto entre el artículo 20.a) LJCA y el derecho a la tutela judicial efectiva. Según Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, esta norma impide a los profesores universitarios impugnar las decisiones que adopta el consejo de departamento del que forman parte, incluso en el caso de que hubieran votado en contra. La recurrente se oponía a que el departamento alterara su actividad docente obligándole a impartir asignaturas que no se correspondían con su especialización científica. El Tribunal Constitucional pone algo de sensatez indicando que la regla limitativa de la legitimación deja de tener sentido cuando el profesor no actúa en su condición de miembro del órgano colegiado, sino como un particular cuyos derechos e intereses legítimos son atropellados por el consejo de departamento.

#### **b) Acceso a la jurisdicción: norma que atribuye la representación del contribuyente al presentador de documentos ante la Administración**

En la **STC 111/2006, de 5 de abril**, se declara inconstitucional el apartado 2 del artículo 36 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones. La Ley confería validez a las notificaciones que la Administración Tributaria realizara al

presentador de los documentos, aunque no fuera el obligado tributario. La Sentencia es importante porque es práctica habitual que sean terceras personas –notarías, gestorías, asesorías, etc.– quienes presenten los documentos.

Se limita el derecho al acceso a la justicia porque el cómputo de los plazos para recurrir comienza para el sujeto pasivo del impuesto cuando se notifica el acto administrativo a la persona que presentó la autoliquidación. La norma tiene una finalidad legítima (facilitar y agilizar la gestión del tributo), pero no supera el juicio de proporcionalidad, porque dar validez a la notificación de los actos administrativos hecha a personas que pueden no guardar relación alguna de cercanía con el interesado no garantiza que las comunicaciones lleguen al interesado con antelación suficiente para articular los recursos oportunos. Formulan Voto Particular la Presidenta María Emilia Casas Baamonde y los Magistrados Vicente Conde Martín de Hijas, Pascual Sala Sánchez, Manuel Aragón Reyes y Pablo Pérez Tremps.

Por los mismos motivos, la **STC 113/2006, de 5 de abril**, declara nulo el apartado 3 del artículo 56 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

### **c) Asistencia jurídica gratuita e interrupción del plazo de prescripción**

La **STC 182/2006, de 19 de junio**, Sala Primera, considera excesivamente rigurosa la interpretación que hace la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana del artículo 16 de la Ley 11/1996, de asistencia jurídica gratuita. Cuando se presenta la solicitud de asistencia jurídica antes de iniciar el proceso y dentro del plazo legal de dos meses para la interposición de la demanda, el transcurso de los plazos quedará interrumpido hasta que recaiga resolución definitiva, reconociendo o denegando el derecho, momento a partir del cual se reanudará el cómputo del plazo.

El Tribunal Superior de Justicia interpreta la Ley en el sentido de que el solicitante de asistencia jurídica debe obtener de los órganos judiciales una decisión expresa acordando la interrupción del plazo de prescripción. El Tribunal Constitucional considera desproporcionado imponer al ciudadano la carga de solicitar la interrupción del plazo antes incluso de que se le provea de asistencia letrada y anudar a su incumplimiento la imposibilidad de obtener una respuesta sobre el fondo de sus pretensiones. No resulta exigible a alguien lego en Derecho identificar el órgano judicial al que debe dirigirse y conocer cuáles son los requisitos para el ejercicio de la acción.

### **d) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo**

En las **SSTC 175/2006, de 5 de junio** y **186/2006, de 19 de junio**, el Tribunal Constitucional (Sala Segunda) aplica la doctrina sentada en la **STC 14/2006** (comentada en JA núm. 32). Se considera que el órgano judicial vulnera el artículo 24.1 CE cuando inadmi-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

te el recurso contencioso-administrativo por no haberse impugnado judicialmente en su día la desestimación presunta del recurso de reposición.

#### **e) La preterición del sistema de fuentes implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera auténtica indefensión**

Los hechos que dan lugar a la **STC 194/2006, de 19 de junio**, Sala Segunda, son extraordinariamente complejos. El Real Club Náutico de Gran Canaria consideraba que tenía derecho a beneficiarse de la exención del impuesto general indirecto canario en relación con los pagos efectuados a dicha entidad por la prestación de servicios a sus socios. Por el contrario, la Administración Tributaria negó que pudiera aplicarse la exención porque la legislación española la condicionaba a que no se superasen determinadas cuantías.

El problema surge porque la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de mayo de 1998 había declarado contrario al Derecho comunitario un precepto de la Ley reguladora del IVA literalmente idéntico al contenido en la Ley reguladora del impuesto general indirecto canario. Aunque la declaración efectuada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no afectó a esta última Ley, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dio la razón al Club Náutico. La Sentencia recurrida entendió que la identidad entre el artículo 20.1.13 de la Ley 37/1992, del IVA, y el artículo 10.1.13 de la Ley 20/1991, reguladora del impuesto general indirecto canario, impiden establecer distingos interpretativos. En consecuencia, entiende inaplicable la limitación de la exención establecida en el impuesto general indirecto canario debido a su oposición con el Derecho Comunitario.

Por el contrario, el TC considera que la Sentencia recurrida es irrazonable, porque el órgano judicial no se ha ajustado al sistema de fuentes vigente al dejar de aplicar una norma vigente con rango de ley y no afectada por la declaración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal Superior de Justicia debió plantear: a) la cuestión de inconstitucionalidad si entendía contraria al principio de igualdad la diferencia de trato que respecto de la aplicación del impuesto general indirecto canario y el IVA había ocasionado la anulación de los límites a la exención en el ámbito del último de los indicados tributos, o b) la cuestión prejudicial, si estimaba que la regulación establecida en el impuesto general indirecto canario era contraria al Derecho comunitario (conforme al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”).

#### **G) Libertad de empresa y derecho de propiedad en relación con los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos (artículos 33 y 38 CE)**

**STC 112/2006, de 5 de abril**, Pleno. Nueve años después de interpuesto por 71 diputados del PSOE, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 4 y 6 y Disposición Transitoria Única de la Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y

retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. No se ofrece nada nuevo en materia de derechos, ni en ningún otro aspecto; la sentencia es llamativa sólo por enjuiciar la constitucionalidad de una ley, muy polémica en su momento, que declara de interés general ciertos acontecimientos deportivos y obliga a que se retransmitan en directo y en emisión abierta.

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Derecho al honor (artículo 18.1 CE)

###### a) El derecho al honor no queda vulnerado por una referencia de carácter anecdótico en un libro histórico

La STS de 16 de marzo de 2006, Sala Primera, ponente Antonio Gullón Ballesteros, rechaza la alegación del recurrente referida a la presunta vulneración de su derecho al honor. Este derecho le habría sido vulnerado por la publicación, en un libro sobre el fascismo español, de su procesamiento por el asesinato de un juez italiano, sin referencia alguna a su posterior absolución. El TS rechaza la alegación debido a que el recurrente no era el personaje principal de la obra, ni el objeto del libro y a que la referencia indicada y las propias referencias al recurrente tenían un carácter anecdótico.

###### b) La falta de relevancia pública de una información sobre la salud determina la vulneración del derecho al honor

La STS de 9 de marzo de 2006, Sala Primera, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, hace frente a un supuesto de vulneración del derecho al honor de la recurrente, una actriz, sobre la que se publicó, en el año 1990, un artículo en la revista *Tribuna* en el que se afirmaba que había contraído el SIDA. El TS considera que se ha violado el derecho al honor de la recurrente debido a que en el año 1990 la asociación a esta enfermedad suponía un importante descrédito social, a que la recurrente no había autorizado la publicación de esa información y a que la información carecía de relevancia pública, a pesar de que la recurrente era una persona pública, e iba dirigida únicamente a satisfacer el espíritu morboso de algunos lectores.

##### B) Derecho de participación política (artículo 23.1 CE): información y referéndum

En el ATS de 6 de junio de 2006, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS resuelve la solicitud de la Generalidad de Cataluña de suspensión provisionalísima del Acuerdo de la Junta Electoral Central en relación con la campaña institucional sobre el referéndum de aprobación del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña. Dicho Acuerdo de la Junta Electora disponía “Declarar que el artículo 50.1 LOREG es de aplicación directa a la campaña institucional en el proceso de referéndum, por lo que dicha campaña habrá de limitarse exclusivamente a facilitar información a los ciudadanos

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámites del voto por correo”.

Afirma la Sala que el legislador ha querido evitar que la campaña institucional informe sobre extremos distintos de los recogidos en el artículo 50.1 LOREG y tampoco quiere que se incentive la participación. Pretende, por el contrario, dejar el protagonismo a los grupos políticos para los que el artículo 14 de la Ley Reguladora de los distintos tipos de Referéndum contempla una alta participación. En definitiva, el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 CE requiere la neutralidad de los poderes públicos, finalidad perseguida en la reforma del artículo 50.1 LOREG a cuyo contenido se acomoda el acuerdo impugnado, por ello desde el punto de vista del *fumus boni iuris* se rechaza la suspensión cautelar solicitada. En el Voto Particular que formulan los Magistrados Lucas Murillo de la Cueva y Maurandi Guillen se estima procedente la adopción de la medida cautelar de suspensión si bien exclusivamente en lo referido a las limitaciones en la información que ha de facilitarse a los ciudadanos.

#### **C) Cargos discrecionales y motivación (artículo 23.2 CE)**

##### **a) Impugnación del nombramiento del Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional**

La importante Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, **STS de 29 de mayo de 2006**, refleja la evolución de la jurisprudencia hacia un mayor control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial. El recurso tiene su origen en la impugnación por un Magistrado aspirante a la plaza de Presidente de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del nombramiento del Sr. Gómez Bermúdez para dicho cargo.

El TS refiere que la plaza de Presidente en cuestión “presenta un perfil mixto, en cuanto su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad”. Esta caracterización mixta que resulta lógica si se tiene en cuenta que el puesto de trabajo conlleva no sólo una intensa labor técnico-jurídica propia de la función jurisdiccional sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos por lo que se requiere de aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo. En definitiva, no es un puesto de libre designación ni es un concurso, pues la idoneidad es irreductible a un baremo preestablecido. El TS refiere que aun cuando hay un amplio ámbito de valoración de las aptitudes de los aspirantes existen unos límites susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente, como la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual desviación de poder, la interdicción de los actos arbitrarios y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad.

Entre los elementos procedimentales más relevantes en las decisiones del CGPJ figura el informe razonado de la Comisión de Calificación sobre las circunstancias individuales de los aspirantes, haciendo visibles los criterios y razones que han guiado la selección. Este informe se erige como elemento esencial en el procedimiento de adjudicación, pues a través del mismo los miembros del Pleno adquieren los principales datos para formar su propio criterio y orientar el sentido de su voto. A lo anterior se suma el deber de motivación. Concluye que en el supuesto examinado ni la propuesta de la Comisión de calificación, ni el acta de la sesión plenaria contienen una motivación consistente que, por un lado, permita concluir que el Pleno manejó y valoró los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento y, por otro lado, permita conocer las razones por las que se tomó la decisión de adjudicar la plaza al Sr. Gómez Bermúdez frente a los demás aspirantes. Por este motivo, se estima el recurso y la retroacción de las actuaciones.

### **b) Devolución de la terna propuesta por el Parlamento Vasco para cubrir una plaza del turno de juristas al Tribunal Superior de Justicia**

La STS de 24 de mayo de 2006, Pleno, resuelve la impugnación por el Parlamento Vasco del Acuerdo del CGPJ por el que se acuerda la devolución al Parlamento Vasco de la terna propuesta para cubrir una plaza vacante correspondiente al turno de juristas del artículo 330.4 LOPJ en la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. En tal Acuerdo se decía que sometida a votación la terna sin que ninguna de las propuestas alcanzase sucesivamente el número de votos suficiente para resultar nombrado, procede devolver la terna al Parlamento Vasco a fin de que formule otra nueva. El Pleno indica que la argumentación contenida en el acta no se correspondía con la cuestión de la concurrencia en los candidatos de los requisitos previstos y de la valoración de los méritos de cada uno de los aspirantes y concluye que la motivación ofrecida es contradictoria e insuficiente y que la exigencia legal de motivación de los actos discrecionales, incurriendo en un vicio de fondo determinante de su anulabilidad “debiendo el CGPJ pronunciarse motivadamente sobre dicha terna”.

### **D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Acceso a la jurisdicción y legitimación de la fundación de defensa del euskera para impugnar el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior del País Vasco**

La Sentencia del Pleno de la Sala Tercera, STS de 25 de mayo de 2006, Ponente Sr. González Rivas, rechaza el recurso presentado frente al nombramiento del Presidente del Tribunal Superior del País Vasco por una fundación que tiene como objetivo que la lengua vasca logre al menos igualar su presencia en el seno de todas las instituciones públicas. El Pleno aprecia la carencia de legitimación de la parte actora, porque no se deduce que el conocimiento de la lengua haya sido el elemento determinante del nombramiento.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### E) Autonomía universitaria: Estatutos de la Universidad Jaime I de Castellón (artículo 27 CE)

En la STS de 19 de junio de 2006, se analiza la impugnación por parte de la Universidad Jaime I de Castellón del Decreto de la Generalidad Valenciana 5/1997 que aprobó los Estatutos de esa Universidad, introduciendo importantes modificaciones respecto al proyecto presentado por la Universidad. El TS considera que la autonomía universitaria no implica apartarse de manera consciente de la denominación oficial acogida en el Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad (el proyecto empleaba la denominación de “País Valenciano”) porque no se trata de una denominación opinable en el ámbito académico sino formalmente establecida en normas legales. El principio de autonomía universitaria tampoco autoriza a imponer a los estudiantes el deber de conocer la lengua propia de la Universidad, que necesariamente alude a uno de los dos idiomas.

Por el contrario, la Sala estima el recurso en relación con el mandato de potenciar el conocimiento y el uso de la lengua propia. Mientras en el texto remitido por el Claustro de la Universidad se decía que la lengua propia es “el valenciano, según el Estatuto de Autonomía, académicamente, lengua catalana, atendiendo a su consolidación y plena normalización en toda la comunidad valenciana”. En el Decreto impugnado se elimina tal referencia y el TS afirma que “la indicación contenida en el documento aprobado por el Claustro de la Universidad para señalar que la lengua propia de la Comunidad Valenciana que en el Estatuto de Autonomía se identifica como valenciano, puede ser denominada lengua catalana en el ámbito académico es una manifestación legítima de la autonomía universitaria, en línea con la doctrina constitucional de la STC 75/1997”.

#### F) Extranjeros

##### a) Igualdad y licencia de jugador profesional (artículo 14 CE)

La STS de 24 de mayo de 2006, resuelve el recurso presentado por un jugador con pasaporte eslovaco contra las Resoluciones de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol que le denegaron la licencia de jugador profesional comunitario. El TS estima el recurso por considerar que un tratado internacional —el Acuerdo de 4 de octubre de 1993 entre las Comunidades Europeas y la República Eslovaca— y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de noviembre de 2000 reconocen el derecho de los nacionales de la República eslovaca a no ser discriminados por razón de su nacionalidad en las condiciones de trabajo cuando hayan sido contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

##### b) Asilo (artículo 13.4 CE)

Una nueva serie de Sentencias de la Sala Tercera del TS revoca las dictadas por la Audiencia Nacional en materia de inadmisión de asilo. En todas ellas, el TS casa la sentencia impugnada, estima los recursos deducidos y reconoce el derecho de los demandantes a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite. Entre otras, cabe citar dos SSTS de 23 de marzo y otras dos de 30 de marzo, Ponente Sr. Cacer Lalanne, sobre dos ciudadanos nigerianos y tres cubanos, dos SSTS de 23 de marzo, Ponente Sr. Yagüe Gil sobre un nacional de Rusia

y otro de Sierra Leona, dos SSTS de 21 de abril, Ponente Sr. Yagüe Gil, sobre dos nacionales de Cuba y Argelia, otra de la misma fecha, 21 de abril, Ponente Sr. Cancer Lalanne, sobre un súbdito colombiano.

En la STS de 30 de marzo de 2006, Ponente Sr. Yagüe Gil, se analiza la denegación de asilo de un nacional de Cuba acordada por el Ministerio del Interior y confirmada por la Audiencia Nacional. El TS valora nuevamente los indicios de persecución aportados por el demandante, referidos a su situación laboral y a las probables represalias por su colaboración en un reportaje periodístico publicado en nuestro país sobre la situación de ciertos marineros cubanos en el puerto de Santurce, y concluye que son suficientes, pues puede considerarse acreditado razonablemente, en el nivel puramente indiciario previsto en la Ley de Asilo la existencia de graves represalias a su llegada a Cuba, razón por la que estima el recurso y reconoce al demandante el derecho de asilo.

### **c) Denegación de entrada en territorio nacional y acuerdo de retorno**

En tres SSTS de 16 de junio, del mismo Ponente, Sr. Yagüe Gil, se examina la resolución dictada por la Comisaría de Policía adscrita al Aeropuerto de Barajas por la que se procedió a denegar la entrada de los demandantes en España. En todas ellas se desestima el recurso de casación por cuanto no se advierten los defectos procedimentales invocados, como la falta de audiencia o del trámite de informe-propuesta, o indefensión invocados. Por el contrario, considera la Sala que concurren los requisitos previstos en el artículo 5.1 del Convenio de Schengen y ratifica la competencia de la autoridad que intervino en la decisión adoptada (recurso 1401/2003), y que el actor no justificó adecuadamente el objeto y condiciones de su estancia como le incumbía (recursos 2400 y 4611/2003).

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. a) Reserva de Ley en materia sancionadora: exige la tipificación de infracciones y sanciones en una norma con rango de Ley. b) El establecimiento de indemnizaciones por razón de servicio mediante reglamento no vulnera la reserva de Ley. B) Ley de Presupuestos: La competencia estatal de ordenación general de la economía y el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal justifican la fijación por el Estado de topes máximos a aplicar en relación con las retribuciones correspondientes a los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas. C) Cláusula de supletoriedad: el Estado es competente para legislar en las materias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía en virtud de lo dispuesto por el artículo 149.3 CE. D) Leyes autonómicas: no pueden establecer impuestos sobre hechos imposables reservados a las entidades locales. E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley: la inconstitucionalidad no afecta a los actos firmes.

**3. Reglamento.** A) Potestad reglamentaria. a) Sumisión de la potestad reglamentaria al principio de jerarquía normativa. **4. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Igualdad en la ley: las prohibiciones de discriminación establecidas por el artículo 14 CE exigen la identidad en el tratamiento normativo de los supuestos en los que resultan aplicables y justifican interpretaciones que corrijan posibles efectos discriminatorios. b) Igualdad en la aplicación de la Ley: exige un *tertium comparationis* con el que pueda formularse el juicio de igualdad. c) No se vulnera el principio a la igualdad por el establecimiento de una compensación por la prestación extrapeninsular del servicio de energía eléctrica.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 2153 de 2006, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 170911 de 2006. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 195/2006, de 22 de junio.

En relación con la jurisprudencia constitucional, tienen especial interés en esta entrega, por un lado, el conjunto de sentencias que articulan la regulación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado y las Leyes de Presupuestos autonómicas en relación con el problema de las retribuciones de los funcionarios públicos y, por otro, la interpretación del principio de igualdad en la Ley en los supuestos específicos en los que el artículo 14 CE establece concretas prohibiciones de discriminación. En ambos casos, el Tribunal Constitucional había resuelto la cuestión respectiva con anterioridad, pero las sentencias recientes que se reseñan a continuación aportan matices de interés.

## 2. LEY

### A) Reserva de Ley

#### a) Reserva de Ley en materia sancionadora: exige la tipificación de infracciones y sanciones en una norma con rango de Ley

En la STC 187/2006, de 19 de junio, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo presentado por vulneración, entre otros, del artículo 25.1 CE que establece el principio de legalidad en materia sancionadora. El fundamento del recurso consistía en considerar que la sanción administrativa impuesta al recurrente por ejecutar sin autorización un invernadero de unos 8000 m<sup>2</sup> en una subzona del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar con limitación de uso, carecía de fundamento legal, por no aparecer determinada normativamente la gravedad de la infracción en el artículo 39.1 de la Ley de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (LCEN).

El Tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en las SSTC 100/2003, de 2 de junio FFJJ 6º y 7º; 210/2005, de 18 de julio FJ 3º [JA, núm. 30, crónica IV.3.A)], y 98/2006, de 27 de marzo, FJ 3º [JA, núm. 32, crónica IV.4.B.b)] afirma que la aplicación directa por los órganos administrativos sancionadores del artículo 39.1 LCEN vulnera el artículo 25.1 CE, pues dicho precepto no determina la gravedad de los ilícitos previstos en el artículo 38 LCEN y de su lectura se deduce que la función de la calificación de las infracciones se difiere a un posterior desarrollo normativo, sin el cual no es posible proceder a una aplicación directa e inmediata de la Ley, y, en consecuencia, estima el amparo solicitado.

#### IV. Fuentes del Derecho

Al igual que en los supuestos de las sentencias citadas, el efecto del otorgamiento del amparo queda limitado a la anulación de las resoluciones impugnadas en relación con la imposición de la sanción pecuniaria, sin que resulte afectada la obligación impuesta al recurrente de reponer el medio alterado a su estado y ser anterior, demoliendo la estructura y retirando los materiales empleados. En la medida en que las garantías previstas en el artículo 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición de medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental.

#### **b) El establecimiento de indemnizaciones por razón de servicio mediante reglamento no vulnera la reserva de Ley**

La STS de 7 de abril de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), Ar. 2086, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra un Acuerdo del Consejo del Ministros de 30 de enero de 2004, que denegaba su solicitud de indemnización por la asistencia a un curso de prácticas. El recurrente basa la impugnación en la nulidad del artículo 7 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, que establece diferencias en función del modo de acceso a la función pública. En concreto, este precepto limita la percepción de indemnizaciones por razón del servicio a la asistencia a cursos selectivos para ingreso en Cuerpos o Escalas “mediante la superación de pruebas de promoción interna”.

Alega el recurrente que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, encarga al reglamento regular las indemnizaciones, pero subraya que no le corresponde a éste introducir distinciones entre los funcionarios que se encuentren en el mismo supuesto de hecho. Su cometido estriba solamente en fijar los supuestos objetivos en que la indemnización es necesaria y justa. Por eso, insiste en que no habiendo distinguido la Ley no debe hacerlo el reglamento pese a que en ocasiones pueda colaborar con ella, pues estamos ante una cuestión reservada a la primera. En consecuencia, al ser contrario el artículo 7 del Real Decreto 462/2002 al principio de reserva de Ley está viciado de nulidad de pleno Derecho de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Frente a estas alegaciones, inicia su argumentación el Tribunal: “que el artículo 23.4 de la Ley 30/1984 no haga precisión adicional alguna sobre las indemnizaciones por razón del servicio no quiere decir que el reglamento no pueda singularizar los casos en que los funcionarios pueden percibir dichas indemnizaciones. Y, en especial, que no pueda prever la posibilidad de que las perciban por asistir a cursos selectivos para el ingreso a Cuerpos o Escalas los que hubieren superado pruebas de promoción interna. Esta previsión no contraría el principio de reserva de Ley, pues está cubierta por la habilitación concedida por el artículo 23.4 de la Ley 30/1984. Y no carece de justificación porque, ciertamente, se trata de una medida que coadyuva a la promoción interna aunque su artículo 22, cuando se refiere a ella, no mencione las indemnizaciones. Por otro lado, no parece dudoso

que no es la misma la situación de quien accede a un Cuerpo o Escala por el turno libre, dejando voluntariamente al margen su condición de funcionario, y la de quien lo hace por los cauces especialmente previstos para que quien ya pertenece a la función pública ascienda en la carrera administrativa. Por tanto, la regulación que se ha reproducido no ha invadido el ámbito reservado a la Ley, ni lo ha infringido, y tampoco ha incurrido en vulneración del principio de igualdad”.

Ha de repararse, a este respecto, que el artículo 7 del Real Decreto 462/2002 toma como presupuesto una situación específica: la superación de pruebas de promoción interna como vía de ingreso en un Cuerpo o Escala. Ese precepto no descansa en el hecho de que un funcionario acceda a un Cuerpo o Escala superior por cualquier cauce, sino solamente por el de la promoción interna, ligado al desarrollo de su carrera administrativa. Es una opción razonable, fundamentada en la Ley 30/1984, indemnizar a quien, progresando en ella por ese procedimiento, debe trasladarse para seguir el curso de prácticas. Y no es irrazonable no hacerlo a quien ingresa por el turno libre en un Cuerpo o Escala en iguales condiciones que cualquier persona ajena hasta entonces a la función pública. O a quien, siendo funcionario, obtiene también por el turno libre, el nombramiento en prácticas para un Cuerpo o Escala respecto de los que no puede hablarse de promoción desde la plaza de la que es titular y debe seguir el curso correspondiente.

En razón de estos argumentos, el Tribunal desestima finalmente el recurso interpuesto y considera conforme a Derecho y ajustado al principio de reserva de Ley la regulación reglamentaria en torno a la indemnización por razón de servicio.

En este mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de abril de 2006, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Séptima), Ar. 2087, que resuelve un recurso interpuesto en un caso similar.

**B) Ley de Presupuestos: La competencia estatal de ordenación general de la economía y el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal justifican la fijación por el Estado de topes máximos a aplicar en relación con las retribuciones correspondientes a los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas**

En la STC 178/2006, de 6 de junio, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el artículo 32 de la Ley 10/1996, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 1997, relativo a la oferta de empleo público en el ámbito de la Administración autonómica, así como contra la omisión en la misma de la cuantía de los conceptos retributivos de los funcionarios de la Comunidad Autónoma. En el caso del artículo 32, se consideran vulneradas las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1.13 y 156.1 CE y del artículo 82.1.b) de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), y concretadas, para el ejercicio presupuestario en cuestión, en el artículo 17.4 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado. Por lo que respecta a la segunda parte de la impugnación, se aduce la infracción de las competencias estatales derivadas

#### IV. Fuentes del Derecho

del artículo 149.1.18 CE y concretadas en el artículo 24.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma para la función pública, que obliga a que las cuantías de las retribuciones de los funcionarios públicos figuren en los presupuestos de la respectiva Administración.

El Tribunal recuerda la doctrina jurisprudencial consolidada en virtud de la cual los artículos 149.1.13 y 156 CE que reconocen la competencia estatal de ordenación general de la economía y el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal, justifican que el Estado pueda establecer topes máximos a dichas retribuciones [SSTC 139/2005, de 26 de mayo, –JA, núm. 28, crónica IV.5.A).b)– y 148/2006 de 11 de mayo] así como limitar la oferta de empleo público por parte de las Administraciones Públicas y, singularmente, de las autonómicas. Asimismo, la jurisprudencia constitucional (STC 24/2002, de 31 de enero) ha reconocido la idoneidad de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, como vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno para limitar la oferta de empleo público.

Afirmado el carácter básico del artículo 17.4 de la Ley de presupuestos estatal el Tribunal declara la inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley de presupuestos asturiana, ya que el mismo contradice abiertamente la norma básica estatal tanto desde el punto de vista cuantitativo (la oferta asturiana de empleo no se limita al 25% de la tasa de reposición) como desde la perspectiva sectorial (tampoco se circunscribe a “los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios”, que fija la ley estatal).

En relación con el segundo motivo de impugnación, el Tribunal Constitucional estima que no cabe considerar que la Ley impugnada haya satisfecho la obligación de reflejar las cuantías del complemento de destino; en cambio, en el caso de los complementos específico y de productividad tal incumplimiento no se ha producido, teniendo en cuenta que dada la naturaleza de dichos complementos tampoco la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado refleja sus cuantías exactas.

Sobre esta misma cuestión, la citada **STC 148/2006, de 11 de mayo**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 1/1997, de 31 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1997, que incumple el mandato de congelación salarial impuesto con carácter básico por la Ley estatal de presupuestos para 1997 y aplicable para todo el personal al servicio del sector público.

En este supuesto los Letrados del Gobierno y del Parlamento Forales, admitiendo la existencia de una consolidada doctrina, a la que anteriormente se ha hecho alusión, en virtud de la cual el Estado, ex artículos 149.1.13 y 156.1 CE, puede establecer topes máximos globales del incremento de la masa retributiva de los empleados públicos, discuten que la misma sea aplicable en los mismos términos a la Comunidad de Navarra, teniendo en cuenta sus peculiaridades competenciales en el ámbito del estatuto de los funcionarios públicos, en materia de autonomía financiera y en las relaciones entre la Administración

Foral y la Administración General del Estado reconocidas en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LO-RAFNA) y derivada de la garantía de los derechos históricos contenida en la Disposición Adicional Primera de la Constitución. En resumen, la representación foral entiende que la Comunidad Foral se encuentra vinculada a la esencia de lo básico y no a todos sus detalles, por lo que en este supuesto, la vulneración de los títulos competenciales aducidos como parámetro de control no se habría producido, ya que la Comunidad Foral cumplió en todo momento los objetivos de déficit público acordados con el Estado a través del escenario de consolidación presupuestaria para el período 1994-1997, llegando incluso a tener superávit en el ejercicio de 1997.

El Tribunal Constitucional rechaza esta argumentación y declara que la regulación de la Comunidad Foral de Navarra ha invadido las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1.13 y 156.1 CE.

En la **STC 195/2006, de 22 de junio**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 21/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 1999. El Tribunal sentencia la inconstitucionalidad de este precepto al estimar que la regulación contenida en esta disposición respecto a 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, al implicar un crecimiento superior al 2% previsto para todo el personal al servicio del sector público en el artículo 20.2 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

El Tribunal Constitucional aclara que los legisladores autonómicos están sometidos a los límites retributivos que establece el Estado a través de la Ley de Presupuestos para todo el personal al servicio del sector público. En este caso la vulneración de los topes máximos fijados por el Estado se produce tanto a través de las previsiones relativas a la parte consolidable del mecanismo de compensación de la inflación real como a la paga única no consolidable prevista en el segundo apartado de la disposición cuestionada.

**C) Cláusula de supletoriedad: el Estado es competente para legislar en las materias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía en virtud de lo dispuesto por el artículo 149.3 CE**

En la **STC 164/2006, de 24 de mayo**, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, por posible infracción de los artículos 149.1.13 y 149.3 CE. La cuestión se plantea con ocasión de la impugnación de los Decretos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, 64/1994, de 23 de junio, por el que se establecen los días en que se autoriza la apertura en domingos y

## IV. Fuentes del Derecho

festivos de los establecimientos comerciales para el año 1994, y 70/1994, de 7 de julio, por el que se regulan los procedimientos para la autorización de regímenes especiales en materia de calendario y horario comercial, dictados ambos en desarrollo de la Ley 4/1994.

El Tribunal encuadra el régimen de horarios de los establecimientos comerciales en la materia “comercio interior” (Vid., por todas, STC 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 7º). A partir de este encuadramiento material el Tribunal ha mantenido que sobre el comercio interior pueden incidir las competencias básicas del Estado previstas en el artículo 149.1.13 CE, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior [STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 4.a), con remisión a la STC 225/1993, de 8 de julio]. Como el propio Tribunal Constitucional precisó en su Sentencia 254/2004 (FJ 7º), “los preceptos examinados han excedido de la competencia contenida en el aludido precepto estatutario, vulnerando con ello el artículo 149.3 CE que atribuye al Estado las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos”, por lo que “la conclusión alcanzada hace innecesario valorar si los preceptos cuestionados infringen el artículo 149.1.13 CE.

### **D) Leyes autonómicas: no pueden establecer impuestos sobre hechos imposables reservados a las entidades locales**

En la **STC 179/2006, de 13 de junio**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura respecto de la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997, de 29 de mayo, de normas fiscales sobre producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente, en relación con el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), que impide a las Comunidades Autónomas establecer impuestos sobre “materia imponible” reservada a las entidades locales.

Se plantea la cuestión de si el citado impuesto autonómico grava la misma materia imponible que el impuesto municipal sobre bienes inmuebles conforme a la descripción que del hecho imponible de este último tributo hace el artículo 61 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (actualmente Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), incurriendo así en una duplicidad impositiva proscrita por el artículo 6.3 LOFCA. Éste fue el caso del impuesto balear sobre instalaciones que afectan al medio ambiente, que fue declarado inconstitucional por la STC 289/2000, de 30 de noviembre.

Frente a este planteamiento, el Abogado del Estado y las Letradas del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y del Parlamento de Extremadura consideran que no se produce el solapamiento denunciado por el Auto de planteamiento de la cuestión, al no gravar el impuesto autonómico la mera titularidad de bienes inmuebles sino su incidencia en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma, en términos análogos a como sucedía con el gravamen catalán sobre elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que

pueda derivar la activación de planes de protección civil, declarado constitucional en la STC 168/2004, de 6 de octubre. [JA, núm. 26, crónica IV.3.D)].

El Tribunal Constitucional considera que el tributo en cuestión no grava directamente la actividad contaminante, sino la titularidad de unas determinadas instalaciones. A juicio del Tribunal, el impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan sobre el medio ambiente no arbitra ningún instrumento que se dirija a la consecución de ese fin: ni se dirige, en sentido negativo a disuadir el incumplimiento de ninguna obligación, ni busca, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras del medio ambiente en cumplimiento del artículo 45.1 CE. La magnitud del gravamen no la determina la mayor o menor incidencia en el medio ambiente de las instalaciones sometidas a tributación, sino única y exclusivamente la mayor o menor facturación, producción o número de las instalaciones de las actividades gravadas. Además no somete a gravamen todas las instalaciones potencialmente dañinas para el medio ambiente, sino sólo un sector muy reducido de éstas, las empresas eléctricas y las de comunicaciones telefónicas o telemáticas.

En conclusión, el Tribunal considera que el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de Extremadura grava la mera titularidad de bienes inmuebles, con independencia de su aptitud para incidir o no en el medio ambiente, incurriendo de este modo en la prohibición prevista en el artículo 6.3 LOFCA, por su solapamiento con la materia imponible del impuesto municipal sobre bienes inmuebles, reservada a las haciendas locales.

### **E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley: la inconstitucionalidad no afecta a los actos firmes**

En la STC 179/2006, de 13 de junio, relativa a la Ley extremeña 7/1997, de 29 de mayo, de normas fiscales sobre producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente, se reitera la doctrina formulada, entre otras, en la STC 289/2000, de 30 de noviembre, relativa al impuesto balear sobre instalaciones que afectan al medio ambiente, sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, precisando que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la Sentencia que declara la inconstitucionalidad, aquellas que a la fecha de publicación de la misma no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía sobre ellas una resolución administrativa o judicial firme.

## **3. REGLAMENTO**

### **A) Potestad reglamentaria**

#### **a) Sumisión de la potestad reglamentaria al principio de jerarquía normativa**

La STS de 1 de marzo de 2006, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Séptima, Ar. 2069, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato In-

#### IV. Fuentes del Derecho

dependiente Profesional de Correos y Telégrafos contra el Real Decreto 370/2004, de 15 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la “Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA”. La parte recurrente solicita la anulación de numerosos preceptos de la norma impugnada al considerar que vulneran lo expuesto en el propio Preámbulo del Real Decreto impugnado y lo establecido en los puntos 1 y 3 del artículo 58.7 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Afirma, al respecto, que se han violado los derechos que los funcionarios que prestaban servicios en la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos habían adquirido a consecuencia de la potestad reglamentaria ejercitada a través del Real Decreto 370/2004, y esto a pesar de lo que sobre la garantía de esos derechos disponían el Preámbulo y esos puntos 1 y 3 del artículo 58.7 de la Ley 14/2000.

En concreto, señala el Sindicato que la atribución de potestades administrativas sobre personal funcional a una sociedad mercantil estatal, realizada por el artículo 4 del Real Decreto impugnado, es contraria al esquema de personificaciones que figura en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Se viene a decir que, dentro de ese esquema, sólo los Organismos públicos (Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales) pueden actuar en régimen de Derecho administrativo, mientras que las sociedades mercantiles estatales están íntegramente sometidas al Derecho privado y no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad (se invoca la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE). Con ese presupuesto se defiende que las sociedades mercantiles públicas no pueden ser consideradas Administración pública, no pueden dictar actos administrativos ni recibir delegaciones de competencias y, consiguientemente, tampoco sus decisiones pueden poner “fin a la vía administrativa”. Por lo que, de acuerdo con la recurrente, el Real Decreto impugnado, al disponer lo contrario, vulnera tanto el requisito de que los actos administrativos han de ser dictados por órgano competente ajustándose al procedimiento establecido, como el de que la delegación de competencias se haga en otro órgano administrativo (artículo 53.1 y 13 de la LRJPAC).

Frente a estas alegaciones, señala el Tribunal que en el caso del funcionario que pasa a depender de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, no cabe hablar de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad, porque las de esta clase serían las que la Sociedad ejercitara respecto de terceros en sus relaciones externas, mientras que las potestades que aquí se discuten están referidas a un personal que, por conservar su condición de funcionario, se rige por un régimen estatutario sometido al Derecho Administrativo. Esas facultades que corresponden a la Sociedad sobre el personal que conserva la condición de funcionario lo son por disposición de una Ley, en concreto por lo establecido en el apartado 2 del punto ocho del artículo 58 de la Ley 14/2000.

Además, invoca el Tribunal la nueva Disposición Adicional Séptima de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (añadida por la Ley Orgánica 19/2003), que atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se promuevan entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, y los empleados de ésta que conserven la condición de funcionarios.

De modo que, en base a esos argumentos, desestima el Tribunal la petición de nulidad basada en la idea de que es ilegal la atribución de potestades sobre el personal funcional que el Real Decreto impugnado realiza en favor de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima. Esa atribución tiene cobertura en la Ley 14/2000. Y esto, como ya declaró esta Sala en la Sentencia de 17 de febrero de 2004, comporta que deba ser considerada como expresión de la potestad organizatoria del Estado que, mediante Ley, puede regular el estatuto de la función pública, y hace también que no pueda hablarse de deslegalización.

A ello hay que sumar otra alegación del Sindicato, referida a la posibilidad de que el Real Decreto incluya regulaciones que conculquen normas de superior rango e incurran por ello en violación del principio de jerarquía normativa. Concretamente esgrime la recurrente la presunta vulneración de los artículos 14, 25, 26 y 27 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública-LMRFP. El alegato fundamental que se utiliza para ello es que el Real Decreto impugnado, pese a ser una norma reglamentaria de inferior rango que la LMRFP, ha prescindido de la relación de puestos de trabajo regulada en este último texto legal y la ha sustituido por dos figuras nuevas, que son el Plan de evaluación y fijación de las necesidades de Correos y Telégrafos y la Relación general de empleos de la Sociedad Estatal.

Frente a este argumento, afirma el Tribunal que no se puede decir que el Real Decreto 370/2004 haya prescindido de la función de ordenación de personal y definición de puestos que la LMRFP atribuye en su artículo 15 a la Relación de Puestos de Trabajo (RPT), ya que tal función la realizan esas nuevas figuras constituidas por el Plan de evaluación y fijación de las necesidades de Correos y Telégrafos y la Relación general de empleos de la Sociedad Estatal. Ambos instrumentos son equivalentes a la RPT y lo que pretenden es hacer posible una ordenación de puestos fundada en un sistema de clasificación profesional que sea común para los dos colectivos de personal (el funcional y el laboral) que, según lo establecido en el artículo 58 de la Ley 14/2000, van a coincidir prestando sus servicios profesionales en la “Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima”. A través de ellos, como resulta de lo regulado en los artículos 8, 9 y 10 y en la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 370/2004, se definen o determinan para los puestos de trabajo unos extremos que en lo sustancial coinciden con lo establecido en ese artículo 15 de la LMRFP que antes se ha mencionado; y no puede aceptarse, como parece insinuar la parte actora, que dichos instrumentos prescindan de la necesidad de un análisis de los diferentes tipos de puestos y de sus funciones y tareas. El sistema de clasificación de puestos que se establece, basado en áreas funcionales, grupos profesionales y puestos tipo, pone de manifiesto que la clasificación adjudicada a cada puesto deriva del cometido funcional resultante de tomar en consideración, de un lado, el contenido profesional correspondiente a las aptitudes y titulaciones exigidas para el puesto y, de otro, las actividades correspondientes a cada uno de los ámbitos operativos, de soporte o de negocio existentes en la Sociedad Estatal.

De modo que, al no tener éxito las alegaciones realizadas por la parte actora, se desestima finalmente por el Tribunal el recurso interpuesto.

### 4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### A) Principio de igualdad

##### a) Igualdad en la ley: las prohibiciones de discriminación establecidas por el artículo 14 CE exigen la identidad en el tratamiento normativo de los supuestos en los que resultan aplicables y justifican interpretaciones que corrijan posibles efectos discriminatorios

En la STC 154/2006, de 22 de mayo, se plantea la posible vulneración del derecho de igualdad ante la ley por la discriminación derivada de la condición de hijo extramatrimonial. En concreto, el debate procesal se plantea en relación con el derecho a la percepción y con la cuantía de la indemnización a tanto alzado por muerte causada en accidente de trabajo cuando se trata de un hijo extramatrimonial al que no se le concedió un derecho propio de su situación de orfandad en las mismas condiciones que se le otorgaría a un hijo que hubiere nacido en el seno de un matrimonio.

El Tribunal Constitucional considera que, sin perjuicio de que los artículos 39.2 y 41 CE no son por sí mismos susceptibles de amparo, el mantenimiento del régimen público de Seguridad Social (artículo 41 CE), al igual que la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE) se contienen en el título I del Texto Constitucional, lo que permite establecer una directa relación entre ellos y el derecho fundamental invocado (artículo 14 CE); en virtud de esta relación cabe deducir un derecho de los hijos a beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social fijadas por las normas correspondientes sin discriminación por su filiación.

El Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados que no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, entre las que se encuentra la discriminación por razón de nacimiento. En el caso concreto, la Sentencia recurrida en amparo se basa en un pronunciamiento del Tribunal Supremo que unificó doctrina en torno a la cuantía de la indemnización especial a tanto alzado a favor de los huérfanos. En virtud de esta jurisprudencia se niega a los hijos extramatrimoniales cuando el otro progenitor pervive al fallecimiento del causante, la posibilidad de incrementar su pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad —que el supérstite no puede percibir por no haber contraído matrimonio— pues, según el Tribunal Supremo el incremento sólo se produce cuando a la muerte del causante no exista cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge superviviente con derecho a pensión de viudedad fallezca estando disfrutando de la pensión, es decir, cuando el beneficiario sea “huérfano absoluto” y el cónyuge lo sea en sentido estricto, con derecho a pensión de viudedad si sobrevive, condiciones que no concurren en la unión extramatrimonial pues en ella no se deriva derecho alguno o pensión de viudedad, salvo el caso excepcional previsto en la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981, de 3 de julio; de lo contrario, y por esta vía, el sobreviviente de la unión de hecho obtendría el reconocimiento de una pensión a la que no tenía derecho, por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de represen-

tar y administrar los bienes de los hijos (artículo 154.2 del Código Civil). A juicio del Tribunal Supremo, con ello no se produce discriminación para el hijo extramatrimonial huérfano absoluto, por pérdida de los ingresos con los que el causahabiente hacía frente a las obligaciones familiares, ya que las situaciones en uno y otro caso no son equiparables, al pervivir un progenitor soltero, a quien por imperativo del artículo 154.1 del Código Civil le incumbe, entre otras obligaciones, velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una educación integral.

Frente a este planteamiento el Tribunal Constitucional, partiendo de que el artículo 14 CE no establece un mandato de paridad –ni como fin ni como medio– y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, precisa sin embargo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido *ex constitutione*, imponiéndose como fin y generalmente como medio, la parificación. Como se expuso anteriormente, entre los factores de discriminación prohibidos se encuentra el nacimiento, por lo que la Constitución exige la prohibición de discriminación o, en otros términos, la igualdad de trato entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Además, el Tribunal precisa que la prohibición consagrada en el artículo 14 CE comprende, no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona basado en un factor discriminatorio prohibido, sino también la indirecta, esto es, aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en que dicho grupo –aquí los hijos extramatrimoniales– sufre consecuencias desiguales perjudiciales, o también, en aquellos casos en que se haya producido una interpretación o aplicación de la norma que ocasione un impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6º). En el caso objeto de análisis el Tribunal entiende que la norma aplicable no determina una discriminación directa, pero que la interpretación formalmente neutra de la misma sí determina en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso, que supone una discriminación indirecta por razón de filiación.

El Tribunal entiende que es posible una interpretación diferente de la norma, compatible con su tenor literal y que evite la desigualdad sustancial. Para evitar esa interpretación discriminatoria, atendiendo al tenor literal del precepto aplicado, que contempla el incremento de la prestación del huérfano “cuando no exista viuda o viudo con derecho a esta indemnización especial”, debe considerarse que al progenitor vivo de un hijo extramatrimonial se le niega la percepción de la indemnización por no estar casado. Bajo esas circunstancias, como la regulación sitúa el hecho causante del incremento a favor de los huérfanos en la inexistencia de cónyuge sobreviviente “con derecho a esta indemnización especial”, es claro que esa situación se da, precisamente, en los casos de padres extramatrimoniales, que resultan sin derecho a esa indemnización por no existir vínculo matrimonial, lo que en la literalidad del precepto daría lugar al reconocimiento consiguiente a los huérfanos del incremento, evitándose así el impacto negativo que otra interpretación

## IV. Fuentes del Derecho

tiene en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales. En resumen, el Tribunal entiende que los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente (STC 34/2004 de 8 de marzo, FJ 3°).

En consecuencia, el Tribunal otorga el amparo solicitado, ya que la resolución impugnada no acoge una interpretación viable de la norma aplicable que aseguraría a los hijos extramatrimoniales una cobertura familiar idéntica a la de los hijos matrimoniales, ocasionando una discriminación indirecta por razón de filiación.

### **b) Igualdad en la aplicación de la Ley: exige un *tertium comparationis* con el que pueda formularse el juicio de igualdad**

En la **STC 156/2006, de 22 de mayo**, se plantea la vulneración del derecho fundamental de la entidad recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE) por apartarse la Sentencia impugnada de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre convenios expropiatorios.

Para entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE) el Tribunal Constitucional exige la aportación de un *tertium comparationis* con el que pueda realizarse el juicio de igualdad sobre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Se exige, por tanto, que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales, para que la parte pueda reclamar la misma solución ofrecida a otros. Además, se requiere la existencia de alteridad, la referencia a otro, puesto que la existencia de discriminación excluye la comparación consigo mismo. También se exige la identidad del órgano judicial, no sólo de la Sala sino también de la Sección, puesto que cada una de ellas tiene entidad diferenciada para desvirtuar una aducida desigualdad en la aplicación de la ley. Por último, la resolución judicial debe carecer de toda motivación que justifique el cambio de criterio respecto de una línea doctrinal consolidada o con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició [SSTC 51/2005, de 14 de marzo, FJ 2° y 27/2006, de 30 de enero, FJ 3°, -JA, núm. 31, crónica IV.6.B).c)-, entre otras].

En este caso el Tribunal desestima el amparo solicitado alegando que frente al planteamiento de la parte recurrente, no se trata de un convenio expropiatorio al amparo del artículo 24 LEF, dado que en el mismo no se fija de mutuo acuerdo el justiprecio, sino que en el mismo se hace constar la distinta valoración del bien por parte de la recurrente y del Ayuntamiento de Manresa, estableciendo la cesión de uso del mismo a favor de este último, que se comprometió a abonar cien millones de pesetas como anticipo del justiprecio que fijase el Jurado Provincial de Expropiación o, en su caso, el Tribunal Superior de Jus-

ticia de Cataluña. Además en el convenio se reconoce que el importe del justiprecio que exceda de la cantidad anticipada devengará un interés de demora del 13% a favor de la recurrente contabilizado a partir del día siguiente de la entrega del bien al Ayuntamiento de Manresa. En consecuencia, si no se trata de un convenio expropiatorio no cabe exigir la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo establecida respecto de esos convenios por lo que no se cumplen los requisitos que exige el Tribunal Constitucional para entender producida la vulneración del artículo 14 CE por falta de identidad del supuesto de hecho de la Sentencia impugnada en relación con los de las Sentencias aportadas.

**c) No se vulnera el principio a la igualdad por el establecimiento de una compensación por la prestación extrapeninsular del servicio de energía eléctrica**

La STS de 11 de abril de 2006, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 1838, resuelve el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad Mercantil “Unión Fenosa Distribución, SA” contra el Real Decreto 1483/2001, de 27 diciembre, sobre establecimiento de tarifa eléctrica para 2002. Basa la recurrente su recurso en el establecimiento por el Real Decreto de un porcentaje del 1,601% en concepto de compensación extrapeninsular, que han de satisfacer los consumidores de energía eléctrica por los suministros a tarifa, cuya cuantía considera injustificada. Apunta la actora que no existe en el expediente dato que pruebe que las empresas receptoras de la compensación, en caso de ser privadas de ella, queden en situación de pérdidas, ni que demuestre que esa compensación es la necesaria para situar a las empresas insulares y extrapeninsulares en niveles de rentabilidad equivalentes (no superiores) a los de las empresas distribuidoras.

Para resolver el recurso, se remite el Tribunal a su Sentencia de 1 de febrero de 2005, en el que la misma empresa recurrente impugnó el Real Decreto 3490/2000, por el que se establecía la tarifa eléctrica para 2001. Allí, señaló el Tribunal que “en relación con la impugnación relativa a la procedencia de las compensaciones a las compañías extrapeninsulares, (...) la propia Ley del Sector Eléctrico ha reconocido la peculiaridad de los sistemas eléctricos extrapeninsulares como consecuencia del mayor coste de las actividades de suministro en dichos sistemas, por lo que, en defecto de la correspondiente reglamentación específica que contempla el artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico, resultaba admisible que fuese la disposición reguladora de la tarifa anual la que diera cumplimiento a dicha previsión legal. Así pues, la compensación por tales sobrecostes que se otorga a las compañías que operan en dichos territorios no es ilegal, sino que se asienta directamente en la propia Ley del Sector Eléctrico”.

No es acertado afirmar que la Ley condicione la compensación por el sobrecoste de la distribución extrapeninsular a la existencia de pérdidas contables por parte de las empresas afectadas –como se dice inicialmente–, o a que su rentabilidad resulte inferior a la media de la de las empresas peninsulares –como se dice luego–. La Ley se limita a prever en el artículo 12, apartado 1, una reglamentación singular para el suministro de energía eléctrica (por tanto, para el conjunto de actividades que lo integran: generación, transporte y distribución) que se desarrolle en los territorios insulares y extrapeninsulares “que

#### IV. Fuentes del Derecho

atenderá a las especificidades derivadas de su ubicación territorial, previo acuerdo con las Comunidades o Ciudades Autónomas afectadas” (redacción conforme a la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos). Como concreción de dicha previsión, el apartado 2 establece primero determinadas especificidades respecto a la actividad de producción de energía y, en su último párrafo, señala que “las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica en los territorios insulares y extrapeninsulares serán retribuidas de acuerdo con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 16”; finalmente, el apartado 3 del mismo precepto prevé que los costes derivados de las actividades de suministro de energía eléctrica (de nuevo, en general) en dichos territorios que no puedan ser sufragados con cargo a los ingresos obtenidos en dichos ámbitos territoriales, se integrarán en el conjunto del sistema a efectos de lo previsto en el artículo 16. Y, en correspondencia con estas remisiones, el apartado 5 del artículo 16 prevé entre los costes permanentes de funcionamiento del sistema “los costes que, por el desarrollo de actividades de suministro de energía eléctrica en los territorios insulares y extrapeninsulares, puedan integrarse en el sistema de acuerdo con el apartado 3 del artículo 12”.

La actora interpreta que las empresas extrapeninsulares requieren, para ser acreedoras de las compensaciones previstas por el Decreto de tarifas, incurrir en pérdidas o, al menos, en beneficios inferiores a los medios de las empresas peninsulares. Sin embargo, apunta el Tribunal, no se puede extraer tal conclusión directamente del referido artículo 12.3 en cuestión. Ha de ser la reglamentación específica la que determine, en su caso, en qué términos y condiciones han de computarse tales costes. La compensación prevista no se trata de un *dumping* subvencionado, como argumenta la recurrente, sino que tales compensaciones tienen su explicación —como señalan tanto la Administración como Endesa— en la previsión de la Disposición Transitoria Decimotercera del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que permite a dichos clientes adquirir la energía al precio resultante del mercado liberalizado de la península con independencia de cual haya sido su coste de producción. No se trata, por consiguiente, de una decisión empresarial de vender energía por debajo de su coste, sino de una previsión legal que les obliga a vender energía eléctrica a los clientes cualificados que soliciten la energía de acuerdo con el precio del mercado liberalizado, otorgándoles en tal caso la correspondiente compensación.

Además, continúa el Tribunal, comprar la electricidad procedente de la generación extrapeninsular, que es más cara que la peninsular, supondría una comercialización también más cara y los clientes extrapeninsulares estarían en desventaja frente a los que se encuentran en la península; pero como la tarifa es única en todo el territorio nacional, el sobre coste tendrá la consideración de coste permanente del sistema, conforme al artículo 16.5 de la Ley del Sector Eléctrico, y como tal debe ser retribuido, de acuerdo con su artículo 12.2. De este modo no se vulnera el principio de igualdad en la prestación del servicio.

Se desestima, por tanto, el recurso interpuesto, al considerar que el incremento producido con respecto al año anterior en la compensación extrapeninsular no es arbitrario, pues responde a unas circunstancias extraordinarias.

También sobre los problemas que plantea el establecimiento de tarifas por la prestación del servicio de energía eléctrica, se pronuncia la **STS de 11 de abril de 2006**, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 2153, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Endesa, SA” contra el Real Decreto 1802/2003, de 26 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2004.

SILVIA DÍEZ SASTRE

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Tipos de actuación administrativa.** A) Vía de hecho.

a) Constituye una vía de hecho la actuación expropiatoria de la Administración consistente en la ocupación real y efectiva de unas fincas realizada con base en una resolución declarativa de la utilidad pública que fue declarada nula por sentencia judicial firme.

**3. Concepto de acto administrativo.** A) El acto por el que se anuncia la provisión de puestos de trabajo de Secretarías de los Magistrados del Tribunal Supremo y Fiscales de Sala por el sistema de libre designación es un acto administrativo con destinatario plural.

**4. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite. a) Constituye un acto de trámite el informe pericial sobre la cuantía de una indemnización en el procedimiento para su determinación. B) Requerimiento por la Administración de información.

a) El acto por el que un órgano administrativo requiere a un particular que le proporcione información no es un acto de gravamen ni un acto administrativo sancionador.

C) Actos definitivos. a) Constituyen actos definitivos que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los Rectores de Universidad. D) Doctrina de los “actos propios”.

a) No constituye un “acto propio” que vincule a la Administración la concesión de una licencia en relación con la ulterior clasificación de los terrenos transformados en virtud del otorgamiento de la misma. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación.

a) La motivación es un requisito formal; no se exige que no contenga errores sino que exteriorice las razones de la resolución administrativa. b) No se acepta como motivación suficiente la contenida en una denegación de una solicitud de asilo en aplicación del criterio de “alegaciones inverosímiles”. c) Se admite la llamada motivación *in aliunde*, que es aquella que incorpora a la resolución los dictámenes e informes obrantes en el

expediente. d) La motivación de un acto de requerimiento de información no ha de ser exhaustiva. e) La motivación de la denegación de una subvención no tiene que expresar necesariamente los criterios tenidos en cuenta para la clasificación de las solicitudes presentadas y la asignación de subvenciones. B) Finalidad del acto: "la desviación de poder".

**6. Procedimiento administrativo.** A) Excepciones a la producción de actos de trámite escritos. B) Informes preceptivos. a) La omisión de un informe preceptivo, por su naturaleza de trámite esencial, determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta. C) Audiencia. a) La omisión del trámite de audiencia no provoca la nulidad, cuando el interesado ha podido realizar alegaciones en vía administrativa o en vía contenciosa. b) La condición de interesado a efectos de legitimación para interponer un recurso contencioso-administrativo no coincide siempre con la condición de interesado a efectos del trámite de audiencia.

D) Prueba. a) Inadmisión de la denegación de una prueba testifical por el órgano instructor. E) Silencio. a) Se produce un acto administrativo presunto positivo consistente en la concesión de la renovación del permiso de trabajo y residencia a un extranjero cuando en la solicitud se adjunta la documentación suficiente y transcurre el plazo legalmente establecido sin que la Administración dicte resolución expresa. **7. Eliminación del acto administrativo.**

A) Nulidad de pleno derecho por omisión del procedimiento legalmente establecido. B) Convalidación de un acto administrativo. C) Irregularidades no invalidantes. a) Constituye una irregularidad no invalidante la ausencia de la recurrente, propietaria de terrenos, en un procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre. **8. Rectificación de errores.** A) Los errores materiales o de hecho pueden ser rectificadas sin limitación temporal. B) Requisitos. C) Distinción entre la rectificación de errores y la revocación.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a octubre de 2005 con respecto a las sentencias de los Tribunales de Justicia, y los meses de noviembre de 2005 a marzo de 2006 por lo que respecta a las del Tribunal Supremo. En este período se mantiene la jurisprudencia consolidada en cuestiones relativas a los requisitos del acto

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

y al procedimiento administrativo. Destacan por su interés diversos pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con la motivación del acto administrativo. En el enjuiciamiento de este requisito se mantiene una postura formalista, exigiendo para la validez del mismo que se exterioricen las razones de la decisión administrativa, pero sin entrar a valorar su corrección material o sustantiva.

### 2. TIPOS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

#### A) Vía de hecho

- a) Constituye una vía de hecho la actuación expropiatoria de la Administración consistente en la ocupación real y efectiva de unas fincas realizada con base en una resolución declarativa de la utilidad pública que fue declarada nula por sentencia judicial firme

Esto se desprende de la STS de 14 de febrero de 2006, Ar. 781.

### 3. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

- A) El acto por el que se anuncia la provisión de puestos de trabajo de Secretarías de los Magistrados del Tribunal Supremo y Fiscales de Sala por el sistema de libre designación es un acto administrativo con destinatario plural

Así lo califica la Audiencia Nacional, en SAN de 13 de enero de 2005, Ar. 1022, que considera que carece de naturaleza reglamentaria y que encuentra su cobertura normativa en la legislación general de funcionarios de la Administración General del Estado. De ello se deriva que el citado acto no puede ser recurrido indirectamente.

### 4. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### A) Actos de trámite

- a) Constituye un acto de trámite el informe pericial sobre la cuantía de una indemnización en el procedimiento para su determinación

Así lo declara la SAN de 5 de mayo de 2005, Ar. 955, en la que se afirma que dicho acto carece de valor como resolución del procedimiento, lo que era invocado por la recurrente; por el contrario, se trataba de un acto de trámite de carácter consultivo.

**B) Requerimiento por la Administración de información****a) El acto por el que un órgano administrativo requiere a un particular que le proporcione información no es un acto de gravamen ni un acto administrativo sancionador**

Esta afirmación se desprende de la STS de 9 de marzo de 2006, Ar. 1004, en la que se impugnan varias resoluciones del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las que se requería a Telefónica para que proporcionase determinada información en relación con los acuerdos de colaboración que hubiera cerrado con asociaciones y federaciones de empresas. En esta línea, el Tribunal considera que “ni siquiera se impugna un acto que represente un perjuicio o gravamen para la recurrente, sino una mera carga general, la de colaborar con la Administración facilitando la información precisada y relativa a las actividades propias de la entidad requerida. Asimismo se considera dicho requerimiento administrativo como un acto de trámite. Esta última consideración también se contiene en la STS de 7 de marzo de 2006, Ar. 1668, con respecto a otro requerimiento de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la misma empresa.

**C) Actos definitivos****a) Constituyen actos definitivos que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los Rectores de Universidad**

Esto se afirma en la STS de 30 de diciembre de 2005, Ar. 345, en la que se impugna un acuerdo del Consejo de Ministros por la que se inadmite la solicitud de nulidad frente a una resolución del Rector de la Universidad Complutense. Por esto mismo contra ella solamente cabe, al margen del recurso de reposición, el contencioso-administrativo. En este sentido recuerda la sentencia que “no hay jerarquía entre el Consejo de Ministros y la Universidad Complutense, precisamente porque ésta, como las demás Universidades, es autónoma”.

**D) Doctrina de los “actos propios”****a) No constituye un “acto propio” que vincule a la Administración la concesión de una licencia en relación con la ulterior clasificación de los terrenos transformados en virtud del otorgamiento de la misma**

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en STS de 15 de diciembre de 2005, Ar. 461, en la que se enjuicia la clasificación como suelo urbano de unos terrenos que fueron transformados veinticinco años antes en virtud de una licencia urbanística otorgada por el Ayuntamiento. Dicha clasificación no puede depender, a juicio del Tribunal, sino de la concurrencia de los requisitos exigidos por la legislación urbanística y de que el terreno en cuestión se encuentre integrado en la malla urbana del municipio, circunstan-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

cias estas que no concurren en el caso enjuiciado. De esta manera descarta el tribunal que a la concesión de la licencia que provocó su transformación pueda aplicársele la doctrina de los actos propios, que, conforme al FD 5º, “exige y requiere que los mismos se realicen con el fin de crear, modificar y extinguir algún derecho, causando, estando y definiendo la situación jurídica del mismo y debiendo ser excluyente y definitivo”.

### 5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación

##### a) La motivación es un requisito formal; no se exige que no contenga errores sino que exteriorice las razones de la resolución administrativa

En este sentido se pronuncia la STS de 29 de noviembre de 2005, Ar. 107, en relación con los acuerdos del Consejo de Ministros que autorizan la operación de concentración económica por la que Vía Digital pasa a integrarse en Sogecable, a los que, desde esta perspectiva, califica de formalmente válidos: “(...) la exigencia del artículo 54 de la Ley 30/1992 no consiste en que la motivación del acto administrativo carezca de errores de hecho o de derecho sino que refleje el proceso intelectual que lleva a la decisión final del procedimiento”.

Así también se expresa la STSJ de Galicia de 6 de julio de 2005, Ar. 1019, según la cual “la motivación no puede identificarse con la idea de que aquella sea jurídicamente correcta en cuanto al fondo, sino que se trata de un requisito formal, que obliga a exteriorizar las razones en que el órgano decisor se basa para resolver en un sentido determinado, con la finalidad de que quienes se consideren afectados en sus intereses legítimos por la resolución administrativa puedan hacer valer, frente a aquellas razones, los argumentos que entiendan insuficientes para justificar el acto y que por ello debe ser anulado”.

En dicha sentencia se considera que el acto no incumple el requisito de motivación, en la medida que la resolución del recurso de alzada que se interpuso contra la resolución en cuestión, resultó suficiente para que los particulares entendieran las razones que fundamentaron la misma y pudieran intentar su control jurisdiccional.

##### b) No se acepta como motivación suficiente la contenida en una denegación de una solicitud de asilo en aplicación del criterio de “alegaciones inverosímiles”

Así lo aprecia la STS de 12 de enero de 2006, Ar. 28, en la que al respecto se dice textualmente: “(...) no podemos aceptar como motivación suficiente, como motivación acorde o adecuada al grado o nivel de evidencia y nitidez que requieren los términos de ese precepto, –se refiere al artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de Asilo–, la que dio la resolución administrativa impugnada en el proceso, ya que si ésta se basa tan sólo en el desconocimiento por la solicitante de cuestiones básicas del que dice ser su país, obligado será señalar cuáles son esas cuestiones básicas desconocidas y valorarlas o contrastarlas con las que sí se conocen, e incluso (dado que en el expediente se refleja que la solicitante sólo

tiene estudios primarios) razonar si lo desconocido no debe serlo si tan siquiera por una persona del nivel cultural que cabe presumir en tal circunstancia”.

**c) Se admite la llamada motivación in aliunde, que es aquella que incorpora a la resolución los dictámenes e informes obrantes en el expediente**

Esto sostiene la citada STS de 12 de enero de 2006, Ar. 28, anteriormente citada.

**d) La motivación de un acto de requerimiento de información no ha de ser exhaustiva**

Así lo entiende la citada STS de 9 de marzo de 2006, Ar. 1004, en la que se considera suficiente que en este caso la motivación resulte relativa a la consignación de las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico que habilitan para esta intervención y a la necesidad de conocer determinados extremos relativos a las prácticas mercantiles de la sociedad recurrente, a cuyo fin se citan las fuentes de información de las que resulta el conocimiento hipotético de la CMT (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) que ésta pretende contrastar.

En la misma línea la STS de 7 de marzo de 2006, Ar. 1668, ya consideró que en estos casos de requerimiento de información “la motivación viene dada por el fin que persiguen —acopio de material instructorio—, y por el procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles”.

**e) La motivación de la denegación de una subvención no tiene que expresar necesariamente los criterios tenidos en cuenta para la clasificación de las solicitudes presentadas y la asignación de subvenciones**

Así lo declara la STS de 29 de marzo de 2006, FD 4º, párrafo tercero, Ar. 1768. Para el Tribunal resulta suficiente que la motivación de la denegación de la subvención permita conocer “que el destinatario de la subvención no dejó de reunir los requisitos previstos en la normativa de aplicación, sino porque, siendo limitadas las disponibilidades presupuestarias, existían otros que, cumpliendo también aquellos requisitos, se han considerado prioritarios”.

Considera la sentencia que si el recurrente quería conocer las razones y prioridades, en las que se basó la concesión de las ayudas a otros solicitantes, tenía que haber requerido a la Administración durante la instrucción del expediente administrativo que le remitiera toda la documentación de trabajo del Comité de expertos que redactó la propuesta de concesión y denegación de subvenciones aprobada por el Ministerio. El Tribunal Supremo sostiene que en este punto sólo cabe entender que hay falta de motivación cuando la parte ha desplegado una actividad procesal diligente encaminada a conocer en su integridad las actuaciones administrativas y el resultado final sigue siendo la imposibilidad de conocer

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

las razones determinantes de la decisión o los criterios mismos de evaluación, pero que esto no se ha producido en el caso enjuiciado, ya que el recurrente no ha realizado tal requerimiento.

### B) Finalidad del acto: “la desviación de poder”

Conforme afirma la citada STSJ de Galicia de 6 de julio de 2005, Ar. 1019, la desviación de poder, definida por el artículo 83 LJCA, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, precisa para poder ser apreciada, que por quien lo invoque se aleguen los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, sin que pueda fundarse en meras presunciones, ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé, que el acto esté sujeto a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teológico de la actividad administrativa que ha de orientarse siempre a la promoción del interés público (...). En el caso enjuiciado se impugnaba la denegación de una autorización de reconocimiento de un régimen especial de producción de energía eléctrica a unas instalaciones de combustión de residuos de purines con obtención de aprovechamiento energético.

Tampoco concurre desviación de poder en el caso del que conoce la citada STS de 9 de marzo de 2006, Ar. 1004, en la que la recurrente, Telefónica de España, SA, considera que la Administración tiene competencia y facultades para recabar información pero que el requerimiento que se le ha realizado responde a un uso desviado o torticero de la facultad de obtener información para mantener una persecución o acoso contra aquella compañía mercantil. De un supuesto análogo y en relación con la misma empresa conoció ya la STS de 7 de marzo de 2006, Ar. 1668, en la que con respecto a la prueba de la desviación de poder se dice expresamente: “Es necesario que el juzgador adquiera la convicción psicológica de la inadecuada utilización por la Administración de potestades administrativas”.

## 6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) Excepciones a la producción de actos de trámite escritos

En la citada STSJ de Galicia de 6 de julio de 2005, Ar. 1019, se alude a la cuestión de la disminución de garantías que pudiera comportar para los particulares, el hecho de que determinados trámites no consten por escrito. En este sentido el Tribunal recuerda que la regla general que consagra el artículo 55 de la Ley 30/1992, es la escritura, que admite como única excepción la de aquellos actos que por su naturaleza o circunstancias no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión y constancia, para finalmente entender que en este caso no se ha exigido la constancia escrita por parte de la actora que incluso la ha consentido, beneficiándose y utilizando una práctica que en efecto, según el tribunal, puede “conducir a irregularidades no invalidantes”.

**B) Informes preceptivos**

- a) La omisión de un informe preceptivo, por su naturaleza de trámite esencial, determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta**

Así lo entiende la Audiencia Nacional, en SAN de 28 de junio de 2005, Ar. 961, en un caso relativo a un procedimiento sancionador contra una entidad de crédito en el que no se recabó el informe preceptivo del Banco de España, conforme establece la legislación sectorial aplicable.

**C) Audiencia**

- a) La omisión del trámite de audiencia no provoca la nulidad, cuando el interesado ha podido realizar alegaciones en vía administrativa o en vía contenciosa**

Esto se desprende de la STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 1672.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la SAN de 20 de julio de 2005, Ar. 1037, considera que “la omisión del trámite de audiencia es determinante de la nulidad de la resolución del expediente cuando se hubiera producido la efectiva indefensión material del interesado o se hubiera impedido que el acto alcanzase su fin. Circunstancias que, a juicio de la Sala, no cabe atribuir al caso controvertido, que consistía en la denegación de una autorización para comercializar una especialidad de medicamento veterinario por el Director General de la Agencia Española del Medicamento”.

Tampoco se produce omisión de este trámite en el supuesto de la STS de 21 de febrero de 2006, Ar. 1561, en la que, siguiendo jurisprudencia constante, se considera que “las infracciones procedimentales sólo producen la anulación del acto administrativo en los supuestos que las mismas generen una disminución efectiva y real de las garantías, incidiendo en la resolución de fondo. En otro caso no es procedente la anulación del acto administrativo por la omisión de un trámite preceptivo cuando la omisión no causa indefensión al interesado, indefensión que no se produce cuando el interesado ha tenido ocasión de alegar y probar a lo largo del procedimiento administrativo o en esta sede jurisdiccional lo que no pudo alegar o probar al omitirse dicho trámite”. Se trataba en este caso del procedimiento de aprobación de una Orden Ministerial que fijaba, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las tarifas de interconexión para los operadores del servicio de telefonía móvil automática.

- b) La condición de interesado a efectos de legitimación para interponer un recurso contencioso-administrativo no coincide siempre con la condición de interesado a efectos del trámite de audiencia**

Esta afirmación se contiene en la citada STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 1672.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

### D) Prueba

#### a) Inadmisión de la denegación de una prueba testifical por el órgano instructor

La STS de 26 de diciembre de 2005, Ar. 249, declara que no hay razones para denegar la prueba testifical propuesta en el procedimiento administrativo por la parte recurrente, y que su inadmisión conduce a declarar nulo el procedimiento sancionador que finaliza con la imposición de una resolución sancionadora a un magistrado por una “falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia”. No tiene los mismos efectos la denegación de pruebas testificales en relación con la infracción que también se le imputó de “obstaculización de funciones inspectoras”, al quedar probado que el magistrado en cuestión se negó a que el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial realizara sus visitas de conocimiento en su despacho.

### E) Silencio

#### a) Se produce un acto administrativo presunto positivo consistente en la concesión de la renovación del permiso de trabajo y residencia a un extranjero cuando en la solicitud se adjunta la documentación suficiente y transcurre el plazo legalmente establecido sin que la Administración dicte resolución expresa

Esto sostiene la STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 1553, en la que, en aplicación de la regulación del silencio administrativo y siguiendo las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que se han realizado sobre esta cuestión, se afirma que no existe ningún texto legal que exceptúe en este caso la regla del silencio positivo prevista con carácter general en la LRJ-PAC. Por este motivo el Tribunal mantiene que resulta conforme a derecho que el procedimiento de impugnación seguido haya sido el previsto en el artículo 29.2 LJCA que posibilita el recurso contra actos firmes de la Administración que no hayan sido ejecutados. En este caso se reclamaba la entrega física de la documentación relativa a la renovación del permiso de trabajo y residencia solicitados por el recurrente.

## 7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Nulidad de pleno derecho por omisión del procedimiento legalmente establecido

Esta nulidad de pleno derecho se produce a juicio de la STS de 10 de abril de 2006, Ar. 1840, por la falta del procedimiento legalmente establecido en un supuesto de donación de un archivo de propiedad privada a la Administración, que debía haberse tramitado conforme a la legislación de Patrimonio del Estado.

### B) Convalidación de un acto administrativo

Como se deriva de la STSJ de Castilla y León de 28 de octubre de 2005, Ar. 1017, sobre la denegación de una solicitud de traslado voluntario de oficinas de farmacia, la convalidación de los actos administrativos procede cuando se trata de un supuesto de

incompetencia simplemente jerárquica. Para el Tribunal se produce la convalidación con la estimación de un recurso ordinario interpuesto ante el órgano superior jerárquico de aquel que dictó el acto impugnado.

### **C) Irregularidades no invalidantes**

#### **a) Constituye una irregularidad no invalidante la ausencia de la recurrente, propietaria de terrenos, en un procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre**

Así lo entiende la STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 759, en la que se concluye al respecto lo siguiente: “En síntesis, que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurren los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJ-PAC, y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión –de suerte que ésta hubiera sido la misma– (...)”

## **8. RECTIFICACIÓN DE ERRORES**

### **A) Los errores materiales o de hecho pueden ser rectificadas sin limitación temporal**

Como declara la STSJ de Canarias de 3 de octubre de 2005, Ar. 1016, en un caso de error material en el que incurrieran unos planos urbanísticos. Esta sentencia, siguiendo jurisprudencia anterior, sostiene que a través de la rectificación de errores se arbitra una fórmula que tiene por finalidad evitar que simples errores materiales y patentes pervivan y produzcan efectos desorbitados o necesiten para ser eliminados de la costosa formalidad de los procedimientos de revisión.

### **B) Requisitos**

En este sentido la misma STSJ de Canarias de 3 de octubre de 2005 aclara que “esta posibilidad legal de rectificación de plano debe ceñirse a los supuestos en que el propio acto administrativo revele una equivocación evidente por sí misma y manifiesta en el acto susceptible de rectificación, sin afectar a la pervivencia del mismo. Asimismo tiene declarado que los errores de hecho o aritméticos se caracterizan por versar sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, acerca de una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, estando, por tanto, excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones de derecho, (...), valoración legal de las pruebas, interpretación de

disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse. Por último, en dicha sentencia también se reitera la doctrina jurisprudencial que indica que los actos que la Administración puede rectificar son “aquellos que después de corregidos no cambian el contenido del acto administrativo que se reproduce, de manera que subsiste con iguales efectos y alcance una vez subsanado el error”.

En esta línea la **STS de 15 de febrero de 2006**, Ar. 1754, reproduce los requisitos para poder aplicar este mecanismo de la rectificación de errores materiales: “Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificadora de oficio, encubrir una auténtica revisión.

### **C) Distinción entre la rectificación de errores y la revocación**

En la citada **STS de 15 de febrero de 2006**, Ar. 1754, siguiendo jurisprudencia anterior, se afirma al respecto: “no puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento específico de los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo”. En el supuesto enjuiciado se rectificó por la Administración un supuesto error material que modificó el contenido de una cláusula del Pliego de Condiciones Particulares de un concurso para la adjudicación de un contrato de suministros. Se alteraron de ese modo los criterios objetivos de valoración establecidos, lo que provocó un cambio en el resultado del concurso y afectó a una empresa que, en principio, hubiera podido resultar adjudicataria del mismo. Todo ello, y fundamentalmente la alteración de los criterios objetivos previamente establecidos para la adjudicación del concurso, llevó al Tribunal a entender que se trataba de una revocación de un acto administrativo y no de un error material.

**JULIA ORTEGA BERNARDO**  
**MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN**



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

**1. Consideración preliminar.** **2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) La clasificación de una empresa tiene carácter personal. **3. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Carece de legitimación para impugnar las bases de un concurso una vez adjudicado, el licitante que no las haya impugnado con anterioridad a la adjudicación, salvo el caso de que los vicios denunciados sean constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho. **4. Ejecución de los contratos.** A) La ausencia de dictamen del Consejo de Estado en caso de que se haya formulado oposición por parte del contratista en orden a la interpretación de un contrato por parte de la Administración, da lugar a nulidad de pleno derecho de la resolución interpretativa de la Administración. **5. Extinción de los contratos.** A) Devengo de intereses de demora frente al impago por parte de la Administración de certificaciones de obra. B) El devengo de intereses legales derivados de intereses líquidos y vencidos o del principal provenientes de la falta de pago a su debido tiempo se produce desde la reclamación judicial. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Efectos jurídicos de los endosos de las certificaciones de obra a entidades bancarias.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de abril a julio de 2006, por lo que respecta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como a la de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y a la de la Audiencia Nacional.

### 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

#### A) La clasificación de una empresa tiene carácter personal

La SAN de 17 de abril de 2006, Ar. 320, declara que “la clasificación de una empresa tiene un carácter personal, puesto que se produce atendiendo a su capacidad y solvencia (artículo-

los 9 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos) es una cualificación, por tanto, *ad personam* no transferible a otra empresa por el hecho de que sea absorbida por ésta; se trata de una cualificación positiva” (FD 1º).

### 3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

#### A) Concurso

**a) Carece de legitimación para impugnar las bases de un concurso una vez adjudicado, el licitante que no las haya impugnado con anterioridad a la adjudicación, salvo el caso de que los vicios denunciados sean constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho**

La STSJ de Castilla y León (Burgos), de 28 de abril de 2006, FD 3º, Ar. 342, de acuerdo con la doctrina asentada por el Tribunal Supremo afirma que “(...) el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus ‘propios actos’, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía (...)”. Si bien, aclara la sentencia que esta doctrina que se acaba de reseñar “(...) puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho (...)”.

### 4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

**A) La ausencia de dictamen del Consejo de Estado en caso de que se haya formulado oposición por parte del contratista en orden a la interpretación de un contrato por parte de la Administración, da lugar a nulidad de pleno derecho de la resolución interpretativa de la Administración**

La STS de 5 de abril de 2006, FD 4º, Ar. 3023, afirma que la ausencia de dictamen del Consejo de Estado en caso de que se haya formulado oposición por parte del contratista en orden a la interpretación de un contrato por parte de la Administración da lugar a nulidad de pleno derecho de la resolución interpretativa de la Administración. Concretamente, en el caso de autos planteado en la sentencia, emitido un primer dictamen del Consejo de Estado, la Administración actuó de un modo determinado en la ejecución del contrato, manteniendo un criterio (ajustado o no al primitivo dictamen), criterio que luego modificó existiendo una disconformidad expresa del contratista. En estas condiciones entiende el Tribunal que debió procederse a requerir nuevo dictamen del Consejo de Estado, pues

la segunda interpretación del contrato realizada supone una importante modificación y es de consecuencias económicas notables. Y, además, el Alto Tribunal mantiene que la falta de dicho dictamen no resulta suplida por la actuación que califica el Abogado del Estado de reinterpretación del dictamen del Consejo de Estado solicitado en su día.

### 5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Devengo de intereses de demora frente al impago por parte de la Administración de certificaciones de obra

La STSJ de Extremadura de 4 de mayo de 2006, FD 3º, Ar. 352, afirma en lo que concierne a la generación de intereses frente al impago por parte de la Administración de las certificaciones de obra que: “(...) Respecto del inicio del cómputo del tiempo y la intimación han existido tres vertientes jurisprudenciales, si bien la nueva LCAP de 1995 se ha inclinado, claramente, por considerar que la finalización del plazo actúa *ope legis* según el principio *dies interpellat pro homine*, de tal modo que, aunque la reclamación o intimación sea posterior en el tiempo al transcurso del plazo, el devengo de intereses se produce desde el día siguiente al transcurso (...)”.

#### B) El devengo de intereses legales derivados de intereses líquidos y vencidos o del principal provenientes de la falta de pago a su debido tiempo se produce desde la reclamación judicial

En lo que se refiere al pago de los intereses legales desde la reclamación judicial, la misma sentencia citada en el apartado anterior, STSJ de 4 de mayo de 2006, FD 4º, Ar. 352, declara que es constante y uniforme la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo que entiende que “(...) el pago de intereses legales derivados de intereses líquidos y vencidos o del principal provenientes de la falta de pago, a su debido tiempo, por la Administración no encuentra una especial y concreta regulación normativa en la Ley y Reglamento de contratos del Estado, por lo que es necesario acudir a las normas del Derecho Privado, en cuanto Derecho supletorio. Por otra parte, la aludida doctrina jurisprudencial viene reiteradamente diciendo que, cuando la Administración no cumplió a su debido tiempo con su obligación de abonar el saldo resultante de la liquidación y está por ello obligada también al pago de los intereses legales devengados por aquella demora, no cabe duda de que al ser vencidos estos últimos intereses, igualmente si se trata del principal, 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 que dispone: ‘Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados aunque la obligación haya guardado silencio en este punto’, esto es, desde la fecha de la interposición del recurso hasta su efectivo pago; pues, caso de ser así, se habrían de originar unos daños y perjuicios en el contratista al que no se le abonan aquellos primeros intereses legales vencidos, constriéndole a acudir a un proceso jurisprudencial que podría haber sido evitado si la Administración, a su tiempo, hubiera cumplido, cuyo

resarcimiento se logra, en cierta manera, con el abono de los intereses vencidos y no satisfechos. En este sentido la STS de 30 de julio de 1999 establece que la doctrina del *in iliquidis non fit mora* está absolutamente superada por razones de equilibrio económico y justicia distributiva (...).”.

## **6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS**

### **A) Contrato de obras**

#### **a) Efectos jurídicos de los endosos de las certificaciones de obra a entidades bancarias**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006, FD 2º, Ar. 431, en aplicación del artículo 101.3 de la Ley Contractual estatal 13/1995 (actual artículo 100.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000) afirma, en plena consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que una vez notificada la cesión de pago a la Administración deudora, el pago que realice la Administración al acreedor originario y cedente (al contratista), no es liberador de la obligación de pago. La Administración sólo se liberará de su obligación de pago pagando al nuevo acreedor (la entidad endosataria).

**BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO**  
**JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO**

**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Comunidades Autónomas. Naturaleza jurídica de las Comisiones Mixtas de Transferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 2. Administración local.** A) Alteración de términos municipales. Denegación de segregación de una entidad local menor para constituirse en nuevo municipio: deber de demostrar la existencia de los requisitos legales. B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. a) No existe derecho de los concejales a obtener de modo indiscriminado copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos. b) La falta de convocatoria de un concejal a la reunión de una comisión informativa municipal menoscaba su derecho a participar en los asuntos públicos. C) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. El sistema de votación por grupos políticos no es válido en el caso de mociones de censura. **3. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Prevalencia de la Ley autonómica de Colegios Profesionales sobre la Ley estatal. B) No es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la revisión de las cuentas de los Colegios Profesionales. **4. Federaciones deportivas.** A) La normativa aplicable a la organización y estructuras de una federación deportiva está integrada por la normativa autonómica y por la Ley estatal. B) Obligatoriedad legal de acudir en cuestiones disciplinarias deportivas al Comité Español de Disciplina Deportiva con carácter previo a la jurisdicción contenciosa.

**1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES MIXTAS DE TRANSFERENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

El Tribunal Supremo en su STS de 13 de marzo de 2006, Ar. 17663, con motivo del recurso de dos funcionarios de la Administración Civil del Estado y del Instituto Nacional de Empleo, respectivamente, contra el RD 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la

Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, recuerda la singular naturaleza jurídica de las Comisiones Mixtas de Transferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para delimitar el alcance del deber de motivación de sus acuerdos en razón de la finalidad de su constitución y las reglas normativas específicas que presiden su funcionamiento.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 76/1983, de 5 de agosto), “las Comisiones Mixtas de Transferencias se institucionalizan como órganos paritarios compuestos por representantes de ambas Administraciones Públicas –a las que afectan las transferencias–, por lo que no se integran en la organización de ninguna de las Administraciones Públicas que la componen, configurándose como órganos atípicos de cooperación, cuyas funciones consisten en la aprobación de los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas. Se regulan en los Estatutos de Autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas, habiendo señalado el Tribunal Constitucional, ex artículo 147.2.d), que los Estatutos reconocen a estas comisiones facultades de autonormación para regular su propia actividad y funcionamiento, fijándoles ciertos criterios a los que han de ajustar los traspasos”.

## 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### **A) Alteración de términos municipales. Denegación de segregación de una entidad local menor para constituirse en nuevo municipio: deber de demostrar la existencia de los requisitos legales**

La STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2006, Ar. 152913, desestima el recurso interpuesto por la Entidad Local Menor de Montuenga frente al Decreto 195/2000, de 7 de septiembre, de la Junta de Comunidades de Castilla y León, por el que se deniega la segregación de esta entidad del municipio de Codorniz (Segovia).

Tras efectuar un amplio recorrido por la jurisprudencia más importante de aplicación al asunto controvertido, el Tribunal concluye que no ha quedado demostrado que el ejercicio por la Administración autonómica de su facultad discrecional de valoración de los requisitos legales haya sido arbitraria, pues la Comunidad Autónoma, previo dictamen del Consejo de Estado, ha considerado que los núcleos de población resultantes de la segregación pretendida, aún siendo discutible si eran territorialmente diferenciados, tendrían una población muy reducida y no tendrían recursos suficientes por sí solos para el cumplimiento de las competencias locales, sin merma considerable de la calidad de los servicios que venían siendo prestados. Es más, aunque la normativa de aplicación al caso no contiene límite poblacional mínimo, no se puede desconocer el límite de 1000 habitantes establecido posteriormente por la Ley de Régimen Local de Castilla y León, cuando Montuenga tiene tan sólo 159 habitantes, lo que es sin duda insuficiente para la viabilidad del nuevo municipio. Tampoco se acredita en el proceso adecuadamente el presupuesto de suficiencia de recursos económicos, que en su momento fue tomado en cuenta negativamente por la Administración para adoptar la decisión denegatoria. Por último, la

## VI. Organización Administrativa

entidad demandante no demuestra que su interés y el de los vecinos del núcleo coincida con el interés público autonómico dimanante de la política seguida por esta Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio, por lo que no queda acreditado que tal segregación sea conveniente para el interés público. La conclusión obtenida por el Tribunal es que la actuación recurrida no ha vulnerado el régimen jurídico sobre segregación municipal.

### **B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales**

#### **a) No existe derecho de los concejales a obtener de modo indiscriminado copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos**

La STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2006, Ar. 153205, desestima en apelación el recurso interpuesto por un concejal contra la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Zamora, que declaraba conforme a Derecho la resolución de 15 de abril de 2005 del Ayuntamiento de Benavente por la que se denegaba la solicitud de proporcionar al demandante fotocopia de la totalidad del proyecto de presupuestos de la entidad local.

El Tribunal, tras hacer un repaso de la numerosa jurisprudencia existente sobre el particular, entiende que en el desarrollo del artículo 23.2 de la Constitución no existe norma que consagre el derecho de los concejales a obtener de modo indiscriminado copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos, a cuyo examen tienen derecho, según lo ordenado en los artículos 77 de la Ley de Bases del Régimen Local y 15 y 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Por ello, no son atendibles las pretensiones del recurrente en apelación, en cuanto se refiere a la totalidad de los presupuestos de la entidad local, sobre todo cuando él mismo pudo, como el grupo de concejales al que pertenecía, ejercer su actividad de control sin ninguna restricción que haya podido hacerse patente. La petición de copias de un documento de esta considerable complejidad sin justificación debida y razonada, excede de una adecuada proporcionalidad.

#### **b) La falta de convocatoria de un concejal a la reunión de una comisión informativa municipal menoscaba su derecho a participar en los asuntos públicos**

La STS de 20 de marzo de 2006, Ar. 2044, estima el recurso de casación interpuesto por un concejal del Grupo Mixto del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, contra el Auto de 25 de abril de 2002, confirmatorio del de 28 de diciembre de 2001, dictados ambos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid. Dicho Auto inadmitía su recurso contencioso-administrativo presentado por no haber sido convocado en su condición de representante del Grupo Mixto a una reunión de una Comisión Informativa de Urbanismo en la que se informó favorablemente la aprobación provisional del Plan General de Ordenación Urbana. El recurrente había solicitado, además, que se ampliase el recurso contra los acuerdos que se informaron y contra los que posteriormente adoptó el pleno sobre los mismos.

El recurrente entendía que se había vulnerado su derecho fundamental a acceder a los cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, en relación con los artículos 20.1.c) de la LBRL y 29 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las entidades locales. Sin embargo, la Sección Octava de la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del TSJ de Madrid había entendido que la convocatoria o no de un concejal a una reunión de la Comisión Informativa de Urbanismo es un mero acto de trámite no susceptible de impugnación, pues su finalidad no es más que poner en conocimiento e invitar a la participación en la sesión correspondiente sin que ello suponga decisión alguna. Además, entiende que el concejal no pertenece a dicha Comisión en virtud de un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento al que asistió el recurrente.

Sin embargo, como reconoce el propio Tribunal Supremo, dicho acuerdo plenario es anterior a una sentencia que restableció el Grupo Mixto, suprimido por el Ayuntamiento, y en el que se integraba el concejal recurrente. En consecuencia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no tiene en cuenta la sentencia dictada por la misma sección que ahora dicta el Auto recurrido, por lo que el derecho del recurrente a asistir a la Comisión Informativa no nace del acuerdo del Pleno sino de la sentencia posterior. El Tribunal Supremo afirma también que “no convocar a un concejal a las reuniones de una Comisión informativa de la que forma —o debe formar— parte es una decisión que produce por sí misma efectos en la esfera jurídica de ese concejal porque supone impedirle participar en ella”. En este caso, lo que invoca el recurrente es su derecho, no a que se tome una determinada decisión, sino a ejercer las funciones propias del cargo representativo del que es titular por voluntad de los electores del municipio. “Es el *ius in officium* el que reivindica y, si le correspondiere formar parte de la Comisión Informativa de Urbanismo, al no convocarle para asistir a ella se menoscaba su derecho porque no se le permite participar en la deliberación y en la decisión que se adopte. Es decir, se le priva, precisamente, del ejercicio de las funciones del cargo para el que fue elegido. Y es que, en estos casos, lo relevante no es lo que se decide sino la manera en que se decide y si el resultado de la actuación municipal impugnada es el relatado, impedirle participar en la reunión indicada, se impone la conclusión de que tiene la sustantividad suficiente para susceptible de recurso contencioso-administrativo”.

En consecuencia, el Tribunal anula los autos recurridos, admite el recurso y devuelve las actuaciones a la Sala de instancia para que lo tramite y resuelva.

### **C) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. El sistema de votación por grupos políticos no es válido en el caso de mociones de censura**

La STS de 22 de marzo de 2006, Ar. 2072, desestima los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Ontinyent y por varios concejales contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2002. La sentencia de instancia anulaba el Acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento de 18 de octubre de 2001 y reconocía el derecho de la entonces demandante a la reposición en su cargo de Alcaldesa.

## VI. Organización Administrativa

El TS confirma esta sentencia en cuanto considera que un sistema de votación por grupos es ilegal y esto vulnera el derecho fundamental del artículo 23.2 CE de la entonces Alcaldesa. Así, el Tribunal entiende que la exigencia de que la votación de la moción de censura se haga personalmente por cada uno de los concejales y no por Grupos, esto es, mediante voto personal y directo, está implícita en el artículo 197 de la LOREG. En todo caso, la posible laguna normativa debe ser colmada con lo que establece el artículo 197bis.2 de la citada Ley para la cuestión de confianza, que expresamente dispone que la votación se efectuará mediante el sistema nominal de llamamiento público. Además, añade el Alto Tribunal, “una interpretación sistemática, poniendo en relación la LOREG con la Constitución y el Reglamento del Congreso de los Diputados, refuerza esa exigencia de que el voto sea personal y directo y no pueda ser delegado en el portavoz del correspondiente Grupo. Los artículos 99.3, 112 y 113 CE, que regulan las votaciones para la investidura del Presidente del Gobierno, la cuestión de confianza y la moción de censura, claramente refieren el voto a los Diputados y no a los Grupos. Y el artículo 79 del mencionado Reglamento confirma esa misma exigencia de manera inequívoca cuando dispone que el voto de los Diputados es personal e indelegable”.

A continuación, el Tribunal refuerza su argumentación relacionando los derechos de sufragio activo y pasivo, que encarnan la participación política de los ciudadanos en un sistema democrático, con la representatividad de los políticos elegidos que, indirectamente, satisfacen el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Por ello, aunque estos representantes se puedan organizar en Grupos Políticos, la participación política corresponde a dichos representantes y no a los Grupos. En consecuencia, el voto personal no puede ser considerado como un mero trámite secundario, sino como un mecanismo inexcusable para visualizar de manera inequívoca entre los ciudadanos cómo es ejercitado el derecho de participación política por cada uno de sus representantes.

### 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

#### A) Prevalencia de la Ley autonómica de Colegios Profesionales sobre la Ley estatal

La STS de 7 de marzo de 2006, Ar.1760, viene a desestimar el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. La Consejería competente del País Vasco publicó diversas Órdenes por las que se aprobaban los Estatutos de varios Colegios Oficiales en las provincias vascas.

Son múltiples las cuestiones que se plantean en este recurso, la de mayor trascendencia es la disyuntiva sobre la Ley de Colegios Profesionales aplicable al caso, la Ley estatal o la autonómica. El TS en este aspecto pone de relieve que la Ley directamente aplicable es la Ley autonómica, que en definitiva desarrolla el artículo 10.22 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, si bien poniendo de relieve que algún artículo de la Ley estatal tiene carácter básico.

A la vista de la normativa aplicable, y después de hacer un análisis **semántico del significado de los términos y vocablos “titulados” y “titulares”** (cuestión central puesto que

la entidad demandante impugnaba las denominaciones), se llega a la conclusión de que si bien la denominación habitual era la de titulares mercantiles, una modificación de la misma refiriéndose a titulados no introduce factores de confusión.

A distinta solución llega el Tribunal en cambio respecto al término “empresariales”, puesto que los Colegios agrupan a los titulados de las antiguas Escuelas de Comercio, a los Diplomados en Ciencias Empresariales y a los titulados en Dirección y Administración de Empresas. Pero en cambio no agrupan a los licenciados en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, ni a los Licenciados en Ciencias Económicas y Empresariales. Menos aún agrupan ni pueden agrupar a los Doctores en la correspondiente titulación, bien sea en Ciencias Económicas en general, o en Ciencias Empresariales. Es decir, los Colegios que se rigen por las reglamentaciones aprobadas no pueden agrupar a estos profesionales que tienen unos títulos universitarios de segundo o tercer ciclo, y por tanto, el uso o empleo del término “empresariales” induce a confusión, anulando el Tribunal dicho “término” y eliminando igualmente dicho vocablo existente en el artículo 1.

### **B) No es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la revisión de las cuentas de los Colegios Profesionales**

La STS de 3 de mayo de 2006, Ar.15926, estudia con gran minuciosidad la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y aquellas cuestiones que constituyen actividades colegiales administrativas sujetas al posterior control jurisdiccional, centrándose en el análisis del Colegio Oficial de Farmacéuticos de España.

En cuanto al primer apartado, se pone de relieve que los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales de base privada, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan atribuidas por Ley, o delegadas, algunas funciones públicas. Estos Colegios han sido creados, primordialmente, para la defensa de los intereses privados de sus miembros, pero también atienden a finalidades de interés público, constituyendo así “una realidad jurídica de base asociativa y régimen particular distinta del de las asociaciones de naturaleza privada”.

En cuanto al segundo punto el Tribunal matiza que, constituyen actividades colegiales administrativas sujetas al posterior control jurisdiccional contencioso-administrativo: a) La colegiación obligatoria; b) Todo su régimen electoral; c) El régimen disciplinario; d) El visado colegial de los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así lo exijan los respectivos Estatutos, y e) El régimen de recursos contra los actos administrativos dictados por los distintos órganos colegiados, en el ámbito de sus competencias respecto de sus colegiados.

Partiendo de este esquema básico la revisión jurisdiccional del Acuerdo impugnado habría de quedar limitada al examen de los presupuestos necesarios para la formación de voluntad de la Asamblea General del Consejo General. El TS recuerda que la aprobación o no de

## VI. Organización Administrativa

las cuentas, y previamente de su presupuesto, del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España es competencia de la Asamblea General de los Colegios, por lo que una vez constituida aquélla válidamente y adoptado el acuerdo con el quórum de asistencia y la mayoría exigible, todos los Colegios quedan vinculados por el Acuerdo sin que corresponda al orden contencioso-administrativo entrar en el análisis de la corrección o no del gasto y de su exceso y del resultado negativo en algunas partidas relativas a impuestos.

### 4. FEDERACIONES DEPORTIVAS

#### **A) La normativa aplicable a la organización y estructuras de una federación deportiva está integrada por la normativa autonómica y por la Ley estatal**

La STS de 31 de marzo de 2006, Ar. 1721, viene a estimar el recurso interpuesto por la Federación Andaluza de Fútbol contra Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, por la que se aprobaban los Estatutos y se procedía a la inscripción provisional de la Federación Andaluza de Fútbol-Sala en el Registro de Asociaciones y Federaciones Deportivas de la Junta de Andalucía.

El TS después de reconocer que el deporte es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía, recalca que también es cierto que el deporte constituye una materia en la que inciden varios títulos competenciales, de ahí que la Ley regule actuaciones coordinadas y de cooperación entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas para aquellas competencias concurrentes. Por lo que aquí interesa, la faceta competitiva de ámbito estatal o internacional, que es inherente al deporte, justifica la actuación del Estado, ya que como aseguró en su día el Tribunal Constitucional, la gestión de intereses propios de las Comunidades Autónomas no posibilita ciertamente la afectación de intereses que son propios del deporte federado español en su conjunto, de forma que es absolutamente necesario conectar la intervención pública con el ámbito en que se desenvuelve el deporte. Por ello no debemos olvidar que el marco jurídico al que debe ajustarse toda actuación referente a la constitución, organización y estructura de la Federación Andaluza, no es sólo la normativa autonómica sino también la Ley estatal del Deporte.

El TS recuerda a la Comunidad Autónoma recurrente que está sometida en toda su actuación a la Constitución, a la Ley y al Derecho, que no puede ignorar una norma dictada por ella en desarrollo de la Ley del Deporte y aprobar los Estatutos e inscribir a una Federación Deportiva que ya está integrada en otra Federación existente.

#### **B) Obligatoriedad legal de acudir en cuestiones disciplinarias deportivas al Comité Español de Disciplina Deportiva con carácter previo a la Jurisdicción contenciosa**

El ATSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2006, Ar. 113967, inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción de suspensión interpuesta por la Real Federación Española de Ciclismo y la anulación de resultados individuales obtenidos en la prueba “Vuelta Ciclista a España”.

El TSJ viene a analizar en este Auto la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas españolas y su actividad disciplinaria y pone de relieve que las federaciones deportivas no se configuran en la Ley del Deporte como Corporaciones de Derecho público, sino como “entidades privadas”, que si bien también ejercitan, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, entre ellas, la “disciplinaria” lo hacen bajo la tutela y control de la Administración General del Estado, correspondiendo ese control, cuando se ejercita esa potestad disciplinaria, a un órgano —el Comité Español de Disciplina Deportiva— que, aunque está adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, actúa con independencia de éste, y decide “en vía administrativa”, como dispone la Ley del Deporte, en materia de disciplina deportiva, siendo sus resoluciones impugnables ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Es decir, cuando se ejercita la potestad disciplinaria por parte de una federación deportiva española es necesario, en caso de discrepancia con la sanción impuesta, acudir al órgano de control de la Administración establecido específicamente como es el Comité Español de Disciplina Deportiva, cuya resolución, expresa o presunta, es la que abre la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. En el supuesto de hecho, el TSJ inadmite el recurso, al no haberse acudido con carácter previo al Comité Español de Disciplina Deportiva, para agotar de ese modo la vía administrativa.

PEDRO A. MARTÍN PÉREZ  
JESÚS DEL OLMO ALONSO  
VANESA RODRÍGUEZ AYALA  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) La reserva de ley también se extiende a la calificación de las infracciones por su gravedad. B) Habilitación reglamentaria inconstitucional, incluso tratándose de una relación de sujeción especial. C) Ordenanzas municipales. D) Admisión de las normas sancionadoras en blanco. **3. Antijuridicidad.** A) El ejercicio legítimo de un derecho constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. B) Ausencia de antijuridicidad material. C) Las infracciones formales también exigen antijuridicidad material. **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Exclusión por confianza legítima. Requisitos para apreciar su existencia. **5. Sujetos responsables.** A) La responsabilidad directa de las personas jurídicas. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas. Non bis in idem.** A) Non bis in idem material: impone la paralización del procedimiento administrativo sancionador a results del proceso penal por los mismos hechos y la vinculación de la Administración a la declaración de hechos probados que realice la jurisdicción penal. B) Non bis in idem material: no lo vulnera la imposición de dos sanciones sucesivas por la comisión de una infracción continuada en períodos de tiempo distintos. C) Cuestión de ilegalidad contra el artículo 29.1 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por lesionar el non bis in idem material. **7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) El procedimiento administrativo sancionador ofrece menos garantías que el proceso penal. B) El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es aplicable en el procedimiento administrativo sancionador. C) El imputado cuenta con el derecho constitucional a no declarar y a negar de plano y sin consideración ni justificación los hechos y la pertinencia de la resolución sancionadora. D) Deber de iniciar el procedimiento administrativo sancionador. E) Falta de legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad disciplinaria a jueces. F) Principio acusatorio. Separación entre instrucción y resolución. **8. Prueba y presun-**

**ción de inocencia.** A) La presunción de inocencia ampara la pasividad del imputado en tanto la Administración no cuente con una prueba de cargo válida y suficiente.

B) La insuficiencia probatoria prohíbe sancionar. C) Valor de los partes de inspección y los informes. D) La información reservada no tiene valor probatorio. E) Valor de las declaraciones testificales que contenga el atestado policial. F) Prueba ilícita. G) *In dubio pro reo*.

**9. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) El imputado tiene derecho a que la Administración declare y certifique la caducidad del procedimiento sancionador. B) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan.

**10. Resolución del procedimiento sancionador.** A) Especial intensidad del deber de motivación de las resoluciones que imponen sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario. B) La separación de la propuesta de resolución debe motivarse.

C) La motivación puede satisfacerse por asunción expresa de lo razonado en la propuesta de resolución. D) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito.

**11. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.**

A) La resolución debe especificar la cuantía de la sanción correspondiente a cada una de las infracciones cometidas. B) Requisitos de la reincidencia.

**12. Extinción de la responsabilidad por prescripción de la infracción. 13. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) No cabe ejecutar una sanción hasta tanto se resuelva expresamente el recurso de alzada que, en su caso, se haya interpuesto.

B) Ejecución de sanciones y control contencioso-administrativo. C) En especial, la suspensión de la sanción de expulsión del territorio nacional.

**14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo. B) Reducción de la cuantía de la multa. C) Retroacción a un momento anterior para que la Administración dicte una nueva resolución, que individualice la sanción para cada una de las infracciones cometidas.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

#### A) Actos que no constituyen sanción

- La pérdida de la condición de militar como consecuencia de condena penal de inhabilitación para cargo público por delito contra la salud pública (STS de 10 de octubre de 2005, Sección Séptima, Ar. 7554).
- La incautación de la fianza que tienen que constituir los operadores que quieren acceder a las instalaciones y redes gasistas en caso de que incumplan las condiciones establecidas (STS de 29 de noviembre de 2005, Sección Tercera, Ar. 7738).
- La denegación de entrada en territorio español, que “no es más que concreción de la potestad (...) de mero control de la legalidad en el marco de una actividad de policía” (STS de 10 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 7774).

### 2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### A) La reserva de ley también se extiende a la calificación de las infracciones por su gravedad

La STC 252/2006, de 25 de julio (recurso de amparo), reitera la doctrina que estima “contrario al principio de legalidad (artículo 25.1 CE) que se remitiera al momento aplicativo de la potestad sancionadora la concreción de si una determinada conducta, correctamente tipificada como infracción en el artículo 38 de la Ley 4/1989 (Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres) constituye infracción muy grave, menos grave, grave o leve, pues la graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa”. En parecidos términos, la STC 187/2006, de 19 de junio, Sala Primera, (recurso de amparo).

#### B) Habilitación reglamentaria inconstitucional, incluso tratándose de una relación de sujeción especial

STC 233/2006, de 17 de julio (recurso de amparo), reitera la doctrina anterior conforme a la que el régimen sancionador del Reglamento de 1986 del monopolio de tabacos “no se limitaba a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras (...) lo que no puede admitirse en virtud del artículo 25.1 CE (...); sin que de la naturaleza de la relación existente entre el concesionario de la expendeduría y el Estado pueda derivarse fundamento alguno para que la infracción por la que se sancionó (...) carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1”. Debe recordarse que la Ley del monopolio de tabacos se limitaba a disponer que “también podrá la Delegación del

Gobierno imponer sanciones de hasta 200.000 pesetas de multa y suspensión del ejercicio de la concesión por plazo de hasta seis meses, cuando los Expendedores incurran en infracciones que se determinen en el Reglamento de la Red de venta al por menor del Monopolio (...).”

### **C) Ordenanzas municipales**

La STC 232/2006, de 17 de julio (recurso de amparo), insiste, una vez más, en que el régimen sancionador de la Ordenanza municipal de Madrid reguladora del servicio de taxi carecía, en la fecha de autos, de la cobertura legal que exige el artículo 25.1 CE.

### **D) Admisión de las normas sancionadoras en blanco**

La STS de 21 de diciembre de 2005, Sección Tercera, Ar. 176 de 2006, recuerda que la doctrina constitucional consolidada admite la remisión a normas reglamentarias “siempre que ello no implique una regulación de las infracciones y de las sanciones independiente y no subordinada”, lo que no aprecia que concurre en el supuesto de autos. La infracción sancionada se encuentra tipificada como muy grave en la Ley de 3/1994, de 14 de abril, en los siguientes términos: “el incumplimiento de los requisitos de homologación para ejercer la actividad de tasación recogidos en la legislación del mercado hipotecario”. Por su parte, la legislación del mercado hipotecario está perfectamente determinada en normas de carácter reglamentario.

“En suma, la Sala entiende que determinar como infracción la omisión de los requisitos de homologación de las sociedades de tasación es por sí misma satisfactoria desde la perspectiva del principio de legalidad sancionadora por su concreción material respecto de la conducta ilícita, siendo admisible la llamada a la legislación hipotecaria –sea de rango legal o reglamentario– en cuanto a la especificación de cuáles sean tales requisitos.”

## **3. ANTIJURIDICIDAD**

### **A) El ejercicio legítimo de un derecho constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad**

– STC 196/2006, de 3 de julio (recurso de amparo).

“Aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental (en este caso se trataba del derecho a la intimidad personal afectado por unos pruebas de orina para detectar en un preso la presencia de drogas) y como conductas constitutivas de una infracción.”

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– STC 155/2006, de 22 de mayo, Sala Primera (recurso de amparo):

“las expresiones por las que fue sancionada (con multa de 120 euros) la Abogada recurrente en amparo (que calificó una resolución judicial como ‘de todo punto arbitraria e inmotivada, de todo punto ajena a los más elementales principios de la normativa adjetiva y sustantiva española vigente, de incomprensible, parcial y esperpento judicial’) se encuentran amparadas por su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, ya que se emplearon con el fin de fundamentar la oposición, en términos jurídicos, a las resoluciones judiciales que, a través del escrito en el que se contenían, formuló la recurrente en el ejercicio de la función de defensa que como Abogada desempeñaba (...), expresiones que, además, no encierran ningún insulto ni descalificación a la titular del órgano judicial, sin que tampoco se desprenda de ellas la intención de menospreciar al Poder Judicial, en cuanto función estatal, que constituyen los límites de esta específica manifestación del derecho a la libertad de expresión”.

### B) Ausencia de antijuridicidad material

La STS de 8 de noviembre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 311 de 2006, anula la sanción impuesta a un guardia civil por infracción leve consistente en falta de autorización para cambio de residencia porque, además de que el sancionado contaba para ello con el consentimiento tácito de sus mandos, “siendo el bien protegido por el conocido como deber de residencia la disponibilidad para el servicio y la inmediatez en la incorporación a la Unidad en caso de ser necesaria, el hecho de residir a 7 km del lugar de destino, dadas las actuales facilidades de comunicaciones y transporte, no lesiona lo que la norma viene a tutelar”.

### C) Las infracciones formales también exigen antijuridicidad material

Según la STS de 4 de noviembre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 7622, “aunque esta Sala en ocasiones ha sostenido la existencia en el derecho administrativo sancionador de las llamadas ‘infracciones formales’, representadas por acciones u omisiones que no precisen de resultado y en las que el incumplimiento del mandato o prohibición ya constituye, por sí solo, infracción administrativa; ello es así siempre y cuando la conducta lesione un bien jurídico que la norma infringida tutele”.

## 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

### A) Exclusión por confianza legítima. Requisitos para apreciar su existencia

La STS de 14 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 885, reitera el razonamiento de la Sentencia de 23 de febrero de 2000, según el cual en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia “el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le

induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar (...). La posible aplicación del principio de confianza legítima se asienta sobre el necesario examen de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto (comportamiento de la Administración, conducta sancionada, intereses generales y particulares en juego) y (...) no basta su alegación en relación con cualquier acto de la Administración que haya podido generar error en el administrado para entenderlo aplicable”.

## 5. SUJETOS RESPONSABLES

### A) La responsabilidad directa de las personas jurídicas

La STS de 7 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 777, se refiere a la responsabilidad directa de las personas jurídicas y argumenta que “esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz”.

## 6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS. *NON BIS IN IDEM*

**A) *Non bis in idem* material: impone la paralización del procedimiento administrativo sancionador a resultas del proceso penal por los mismos hechos y la vinculación de la Administración a la declaración de hechos probados que realice la jurisdicción penal**

Lo afirma la STS de 4 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 7568, que añade:

“La Administración puede solicitar del juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario, como sucede en el supuesto de que se trata en este proceso, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal.”

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### **B) *Non bis in idem* material: no lo vulnera la imposición de dos sanciones sucesivas por la comisión de una infracción continuada en períodos de tiempo distintos**

STS de 5 de diciembre de 2005, Sección Séptima, Ar. 325 de 2006. Un juez es sancionado por retraso en el dictado de resoluciones con multa de 3.000 euros. Previamente, fue sancionado por la misma infracción en un período de tiempo anterior. Alega la vulneración del *non bis in idem* y que la infracción supuestamente realizada es una conducta continuada con lo que no es posible su fragmentación en tantos bloques como actuaciones judiciales comprenda. Sin embargo, según la sentencia, “aunque los dos procedimientos sancionadores se refieren a la actuación del Magistrado (...) en el (mismo) Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (...) y en ambos expedientes la conducta sancionada se incardina en la infracción grave tipificada en el artículo 418.10 LOPJ, lo cierto es que el retraso que se imputa al titular del Juzgado se refiere a períodos de tiempo y a causas o procesos diferentes. En efecto, en aquella resolución sancionadora (...) se sancionaba el retraso en la resolución de procedimientos que habían quedado concluidos en fechas anteriores y hasta el 31 de diciembre de 1999. En cambio, en el procedimiento que ahora nos ocupa se sanciona el retraso en el dictado de sentencias correspondientes a causas que quedaron concluidas después del 1 de enero de 2000”. Por otro lado, “si se aceptase el planteamiento del demandante se llegaría a un resultado inasumible: la existencia de una sanción al titular de un órgano jurisdiccional por retraso en la resolución de unos determinados asuntos impediría cualquier reproche disciplinario por un ulterior retraso o desatención respecto de otros asuntos del mismo Juzgado”.

### **C) Cuestión de ilegalidad contra el artículo 29.1 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por lesionar el *non bis in idem* material**

La STS de 23 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 401 de 2006, estima una cuestión de ilegalidad planteada con relación al artículo 29 del RD 7/2001, de 12 de enero, que aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. La cuestión se plantea por entender vulnerado, con el citado artículo 29, el principio *non bis in idem*, tomando como referente la conducta simultáneamente tipificada y sancionada en el artículo 636 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995. La norma cuestionada dice: 1. “Además de la sanción que corresponda en el ámbito penal a quien condujere un vehículo conociendo que carece de seguro, el incumplimiento de la obligación de asegurarse en los términos previstos en este Reglamento determinará: a) La prohibición de circular con el vehículo no asegurado (...). b) La retirada y depósito del vehículo (...). c) La imposición de sanción pecuniaria de 601,01 a 3.005,06 euros (...)”. Por su parte, el artículo 636 del CP dispone: “Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”. Según la sentencia, “el juez de instancia expone (...) con cita y transcripción de la STC 2/2003, de 16 de enero, (...), que entre ambos preceptos concurre ‘la triple identidad exigida –sujeto, hecho y fundamento jurídico– para apreciar la vulneración del principio *non bis in idem*’, añadiendo que ‘en ambos preceptos, y dentro del ámbito subjetivo, se sanciona al conductor del vehículo’, que ‘en ambos preceptos el hecho por el que se impone la doble sanción penal/administrativa es idéntico: circular sin tener suscrita la Póliza de Seguro de

Responsabilidad Civil’, y, en fin, desde la perspectiva del fundamento jurídico se señala por el juez de instancia que ‘en ambos casos, se trata de garantizar dentro de los límites de cobertura los daños producidos a terceros a consecuencia de los accidentes originados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor’. Este (...) aspecto de la cuestión debe de ser estimado al concurrir los requisitos expuestos para la vulneración del mencionado principio *non bis in idem*”. Hay que aclarar que, con posterioridad a los hechos enjuiciados, el artículo 636 del CP ha sufrido una importante modificación —desde la perspectiva del *non bis in idem*—, pues el artículo 185 de la Ley Orgánica 15/2003 ha introducido un segundo párrafo en tal precepto que dice así: “No se considerará comprendida entre las actividades a las que se refiere el párrafo anterior la conducción de vehículos a motor y ciclomotores”.

## 7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) El procedimiento administrativo sancionador ofrece menos garantías que el proceso penal

STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 792: “los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales”.

### B) El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es aplicable en el procedimiento administrativo sancionador

La STS de 21 de noviembre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 319 de 2006, dice que “la garantía invocada por el recurrente, centrada en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no resulta aplicable al procedimiento disciplinario sancionador, toda vez que la interpretación jurisprudencial del término proceso es estricta, centrándose únicamente en las actuaciones jurisdiccionales, tal y como se decía en nuestra Sentencia de 15 de abril de 2002 (RJ 2002, 5330), recogiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las susyas números 26/1983, 61/1991, 35/1994 y 54/1999”.

### C) El imputado cuenta con el derecho constitucional a no declarar y a negar de plano y sin consideración ni justificación los hechos y la pertinencia de la resolución sancionadora

Lo afirma la STS de 10 de noviembre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 845 de 2006.

### D) Deber de iniciar el procedimiento administrativo sancionador

La Administración General del Estado puso en conocimiento de una Administración autonómica unos hechos que consideraba constitutivos de una infracción administrativa de la Ley de Costas (realizar construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección). La Administración autonómica, por su parte, le comunicó que no iniciaría expediente sancionador. Ante ello, la Administración General del Estado interpuso un

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

recurso contencioso-administrativo, donde solicitaba la anulación de la decisión y “que declare que la Administración autonómica ha de incoar el correspondiente expediente sancionador”. Tales pretensiones son desestimadas por la sentencia de instancia que es objeto del recurso de casación que resuelve la STS de 2 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 747 de 2006. Según esta sentencia, el motivo desestimado en la instancia debe prosperar pues la Administración autonómica “debió incoar expediente sancionador para decidir si existe finalmente una conducta infractora”.

### **E) Falta de legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad disciplinaria a jueces**

Según las SSTS de 24 y 31 de octubre, de 16 y 21 de noviembre y de 26 de diciembre de 2005, Sección Séptima, Ar. 7518, 7711, 7804, 7736 y 248 de 2006:

“Debe subrayarse que el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el Consejo General del Poder Judicial desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación con la Administración de Justicia o con la actuación de los Jueces y Magistrados, pero no comprende que esa actuación investigadora termine necesariamente con la incoación de un expediente disciplinario y, mucho menos, con una sanción.”

### **F) Principio acusatorio. Separación entre instrucción y resolución**

En el caso enjuiciado por la STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 792, alega la empresa sancionada por práctica restrictiva de la libre competencia que en el procedimiento sancionador se ha vulnerado el principio de separación entre las funciones instructoras y las sancionadoras pues el TDC ordenó que se incorporaran al expediente algunas pruebas documentales y que se practicaran otras pruebas adicionales. Al respecto, la sentencia recuerda que la LDC (artículos 40 a 42) prevé dicha facultad en favor del TDC y que “no cabe sostener que por acordar de oficio la práctica de una determinada prueba, dicho Tribunal se convierta en instructor del expediente”. Lo que tiene más interés es que la sentencia (refiriéndose más a la regla que prohíbe al juez decisor asumir las labores propias de la acusación que a la regla del juez no prevenido) declara que “no rigen para ellos (para los procedimientos sancionadores) las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos”. Es decir, si en el proceso penal el principio acusatorio prohíbe que el juez del juicio oral proponga pruebas de oficio y modifique la calificación jurídica de las partes *motu proprio*, en el procedimiento sancionador la autoridad administrativa decisoria puede practicar pruebas de oficio y replantear la acusación propuesta por el instructor y sancionar por ella. En el mismo sentido, SSTS de 21 de febrero de 2006 (seis), Sección Tercera, Ar. 793, 794, 795, 895, 896 y 897, que resuelven de forma idéntica los recursos de casación interpuestos por otras de las empresas sancionadas por la realización de la misma práctica restrictiva de la libre competencia.

## 8. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

### A) La presunción de inocencia ampara la pasividad del imputado en tanto la Administración no cuente con una prueba de cargo válida y suficiente

Según la STS de 16 de enero de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 866, la presunción de inocencia “es un derecho reaccional que autoriza a quien lo invoca a permanecer pasivo o inactivo, mientras que la carga probatoria incumbe siempre a quien promueve la sanción; pero una vez demostrados los presupuestos configuradores del tipo disciplinario, mediante prueba válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente valorada, es decir, una vez superada la situación de vacío probatorio que está en la base del expresado derecho esencial, entonces quiebra el blindaje que representa tal derecho presuntivo”.

### B) La insuficiencia probatoria prohíbe sancionar

Un juez es sancionado por falta de consideración hacía la inspectora y la secretaria que realizaban una visita de reconocimiento en el juzgado. Alega el sancionado que el instructor del expediente disciplinario le denegó las pruebas testificales solicitadas lo que le provocó indefensión. Al respecto, dice la STS de 26 de diciembre de 2005, Sección Séptima, Ar. 249 de 2006, que aunque motivada la decisión del instructor no fue acertada. “No habiéndose admitido tales pruebas testificales (en concreto, se solicitaba que varios funcionarios que podían haber presenciado el incidente ocurrido entre el magistrado y la inspectora prestasen declaración), el material probatorio disponible (...) se reduce en realidad a dos versiones divergentes (la del sancionado y la de la inspectora) sobre los mismos hechos, sin que la resolución sancionadora (...) haya dejado (...) explicitadas las razones por las que otorga mayor credibilidad o relevancia probatoria a las manifestaciones de la Inspectora (...). En definitiva, la denegación de las pruebas testificales ha propiciado que no se disponga (...) de una versión certera sobre la forma y el tono en que se desarrolló el incidente (...), (por lo que) debemos considerar contraria a derecho la decisión de sancionar”.

### C) Valor de los partes de inspección y los informes

La STC 187/2006, de 19 de junio, Sala Primera (recurso de amparo), recuerda que “este Tribunal (...) ha destacado que tienen plena validez como prueba de cargo los partes de inspección o los informes obrantes en autos, con independencia de que carezcan de presunción de veracidad”.

Con relación al valor probatorio del parte militar, la STS de 14 de octubre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 7594, declara que en el supuesto enjuiciado el parte inculpativo del superior jerárquico que presenció los hechos es una prueba de cargo insuficiente para destruir la presunción de inocencia del sancionado. Según la sentencia, “cuando su contenido sea negado por el presunto infractor, precisará de una comprobación o corroboración de su contenido por quien produce dicho parte y por las demás pruebas”. En

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

el caso, frente al parte y la declaración del sargento ratificándolo nos encontramos con la declaración del propio sancionado que niega los hechos (embriagarse fuera del servicio), con los testimonios del resto de los guardias civiles implicados que acompañaban al sancionado que también niegan los hechos y con el testimonio de la guardia civil que acompañaba al sargento según el cual no puede afirmar que el recurrente había bebido ni le dio tiempo a ver nada anormal. Por su parte, la **STS de 6 de mayo de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 229 de 2006, dice que “la prueba plena en el derecho sancionador tiene carácter excepcional y, desde luego, no tiene esta condición el parte militar ratificado por el Mando que lo emite. En nuestras Sentencias (...) hemos dicho que el parte que tenga sentido inequívocamente incriminador, es susceptible de ser valorado como prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, siempre que su contenido no entre en contradicción con otras pruebas que deban considerarse de descargo, en cuyo caso su apreciación deberá producirse en el contexto del material probatorio disponible”. En el mismo sentido, **SSTS de 21 de noviembre de 2005** y de **12 y 19 de enero de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 319 de 2006, 346 y 869.

### **D) La información reservada no tiene valor probatorio**

**STS de 7 de junio de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 302 de 2006: “una información reservada no tiene otro valor que el de ser un antecedente que puede servir para la adopción de la decisión de investigar formalmente, y con las debidas garantías de los derechos de los posibles responsables, aquellos hechos que, señalados en esa información reservada, habrán de probarse mediante la práctica de los medios adecuados ante el Instructor del procedimiento (...). La opinión del informador carece, pues, de trascendencia (...) y, en el caso de que pueda servir de motivo para que se dicte una orden de incoación, en absoluto prejuzga el resultado final de la actuación disciplinaria”. Al respecto, la **STS de 21 de noviembre de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 319 de 2006, añade que las informaciones reservadas “habrán de ratificarse a presencia del Instructor del expediente, momento en el que se caracterizarán como prueba en sentido legal”.

### **E) Valor de las declaraciones testificales que contenga el atestado policial**

La **STS de 21 de noviembre de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 319 de 2006, declara que los testimonios a que figuren en un atestado policial tienen que ser ratificados en presencia del instructor del procedimiento disciplinario para convertirse en una prueba de cargo. En el caso enjuiciado, el atestado policial, que contiene los testimonios de la presunta víctima y de los policías municipales, ha sido incorporado al expediente sin que el instructor haya procedido a la corroboración de la veracidad de su contenido ni a valorar su alcance con lo que, según la sentencia, debe dársele el valor que señala la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, la consideración de denuncia. En conclusión, “no habiendo sido ratificados a presencia del Instructor los testimonios prestados en el atestado policial y no resultando corroborado el contenido de tales declaraciones por otros medios obrantes en el expediente (...) el soporte probatorio sobre el que en exclusiva (se) apoyó (...) (la sanción) carecía del adecuado carácter de prueba de cargo suficiente para hacer decaer el principio de presunción de inocencia”.

**F) Prueba ilícita**

Cuarenta y ocho empresas fueron sancionadas por práctica restrictiva de la libre competencia consistente en haberse concertado para aplicar los mismos precios base, e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad en las compras de leche de vaca realizadas a los ganaderos. Alegaron las sancionadas que se había lesionado su derecho a la presunción de inocencia pues la resolución sancionadora –a su juicio– se basó en una prueba ilícitamente obtenida. En crónicas anteriores ya hemos dado cuenta de algunas de las sentencias que han ido resolviendo los recursos interpuestos por las sancionadas. En la misma línea, la **STS de 21 de febrero de 2006**, Sección Tercera, Ar. 792, recuerda la doctrina del TC que prohíbe valorar para sancionar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales del imputado. Asimismo, reitera que si la sanción se fundamenta en otras pruebas de cargo válidas, independientes o desvinculadas de la ilícita la presunción de inocencia no resulta lesionada. Y es esto lo que ocurre en el supuesto de autos, pues “ni la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (...) ni la incoación del expediente ante el Servicio de Defensa de la Competencia 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”, pues éste no fue tomado en consideración y existen otras pruebas de cargo suficientes y lícitamente obtenidas. En el mismo sentido, las **SSTS de 21 de febrero de 2006** (seis), Sección Tercera, Ar. 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.

**G) In dubio pro reo**

Según la **STS de 6 de mayo de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 229 de 2006, “el principio *in dubio pro reo* (...) tiene cabida y lógica procesal (...) en la primera instancia cuando las dudas (...) sobre la culpabilidad o la comisión de los hechos (...) impulsan a la interpretación más favorable”.

**9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****A) El imputado tiene derecho a que la Administración declare y certifique la caducidad del procedimiento sancionador**

Lo afirma la **STS de 17 de febrero de 2006**, Sección Quinta, Ar. 682, con relación a un procedimiento sancionador de expulsión del territorio español contra un extranjero.

**B) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan**

Lo dice la **STS de 10 de noviembre de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 845 de 2006: “el efecto que se sigue del agotamiento del plazo de seis meses previsto para la tramitación y conclusión del Expediente es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta en favor del inculpado, por lo que no procede el efecto pretendido por la parte derivado de la caducidad de las actuaciones a que hace referencia”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 10. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

#### A) Especial intensidad del deber de motivación de las resoluciones que imponen sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario

Un preso es sancionado con cuatro días de aislamiento en celda por falta grave consistente en su incorrecto comportamiento con un funcionario cuando iba a ser llevado a un reconocimiento médico fuera del centro. En la primera propuesta de resolución, el instructor propugna el sobreseimiento del expediente motivándolo con detalle en el conjunto de las pruebas practicadas y las alegaciones del imputado. Sin embargo, se dicta una nueva propuesta de resolución que propugna la imposición de la sanción sin dar ninguna explicación del cambio de criterio producido. Ni la resolución sancionadora de la Administración Penitenciaria, ni los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que la confirman aclaran el cambio de propuesta de resolución a pesar de que el expedientado lo había solicitado expresa y reiteradamente. Interpuesto recurso de amparo, la **STC 165/2006, de 5 de junio**, recuerda la doctrina constitucional según la cual:

“la necesidad e importancia de la motivación (...) constituye el único medio para constatar que la tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva, y más concretamente aún en el ámbito de las sanciones penitenciarias, hemos sentado la doctrina de que ‘[l]o que no consiente el respeto al derecho proclamado en el artículo 24.1 CE es resolver un recurso interpuesto sin exteriorizar ni dejar entrever los criterios jurídicos ni los elementos de hecho en los que se sustenta tal decisión’, así como que ‘[c]uando se trata de sanciones a personas reclusas en centros penitenciarios, además, el Tribunal ha acentuado estas exigencias porque (...) cualquier sanción penitenciaria supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena (...)’.

#### B) La separación de la propuesta de resolución debe motivarse

Pero la **STC 165/2006, de 5 de junio**, que se acaba de mencionar, contiene otro pronunciamiento destacado cuando afirma que

“la primera propuesta de resolución (...) propugnaba el sobreseimiento. Ahora bien, una vez formulada aquélla motivadamente, ni la Administración penitenciaria, ni *a fortiori* la Juez de Vigilancia Penitenciaria, podían operar como si la misma no hubiese existido, pues la formulación de tal propuesta, concisa pero perfectamente motivada como se ha visto, necesariamente condicionaba la fundamentación de cualquier otra actuación posterior contraria a la misma, pues si las propuestas ciertamente no son vinculantes para el órgano sancionador, sí son el resultado de la valoración efectuada por un instructor en el seno de un procedimiento. Dicho procedimiento no puede entenderse sino como una garantía de la corrección del modo de obrar de la Administración penitenciaria en cada caso y, en tanto tal, una garantía de los derechos del interno”.

**C) La motivación puede satisfacerse por asunción expresa de lo razonado en la propuesta de resolución**

Así lo declara la STS de 21 de diciembre de 2005, Sección Tercera, Ar. 176 de 2006.

**D) Hay que motivar expresamente la imposición de la sanción más grave cuando se prevén varias para el mismo ilícito**

SSSTS de 27 de enero de 2006, Sección Quinta, Ar. 350 y 354: declaran válidas las sentencias de instancia que anulan la sanción de expulsión del territorio nacional impuesta a un extranjero por la comisión de una infracción grave porque la misma “está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos”.

**11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES****A) La resolución debe especificar la cuantía de la sanción correspondiente a cada una de las infracciones cometidas**

La Unión de Criadores de Toros de Lidia es sancionada por prácticas contrarias a la libre competencia con una sanción global o única –multa de 40 millones de pesetas– por dos infracciones cualitativamente distintas. A juicio de la STS de 11 de noviembre de 2005, Sección Tercera, Ar. 317 de 2006, esto tiene como consecuencia que ni la asociación sancionada ni la propia Sala puedan conocer la cuantía de la multa que atañe a cada infracción. La Sala añade que “es verdad que cabe suponer que la cuantía de la multa que corresponde a la segunda de las infracciones es la de 5 millones de pesetas, porque ésa es la cantidad igual a otras dos multas impuestas a otras asociaciones por la misma infracción, por lo que puede aventurarse que los restantes 35 millones son la cuantía de la multa por la primera infracción, pero las hipótesis en las que nos movemos son contrarias a la certeza exigible en materia de derecho administrativo sancionador –y al principio de proporcionalidad, añade–. Por estas razones la Sala entiende que el recurso de la UCTL debe estimarse parcialmente y anularse la Resolución del TDC, pero únicamente en este extremo de la concreción de las sanciones impuestas (...), retrotrayendo las actuaciones a fin de que el TDC pueda individualizar las sanciones en la forma procedente en derecho”.

**B) Requisitos de la reincidencia**

STS de 31 de enero de 2006, Sección Tercera, Ar. 361:

“la agravación por reincidencia al castigar una conducta en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no puede apoyarse en hechos sometidos al mismo expediente sancionador sin haber sido objeto de sanción previa, sino que debe referirse a

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

hechos que hayan sido ya sancionados en un procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta, pues sólo (...) (así) puede explicarse de modo satisfactorio la agravación impuesta por una posterior reincidencia en la misma conducta, cualquiera que sea el fundamento que se acepte de los propuestos doctrinalmente para dicha agravación (la mayor peligrosidad del autor; la mayor culpabilidad; el fracaso de la prevención singular; la habitualidad o el desprecio del ordenamiento)”.

### 12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN

La STS de 21 de noviembre de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 319 de 2006, repite que el tiempo de paralización del procedimiento sancionador por estar tramitándose un proceso penal no computa a efectos de prescripción de la infracción administrativa.

### 13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

**A) No cabe ejecutar una sanción hasta tanto se resuelva expresamente el recurso de alzada que, en su caso, se haya interpuesto**

Así lo afirma la STC 243/2006, de 24 de julio (recurso de amparo):

“Estas previsiones (...) excluyen que la resolución objeto de un recurso de alzada pueda alcanzar firmeza hasta que no se desestime éste expresa y totalmente, pues hasta ese momento la Administración puede decidir cuantas cuestiones plantee el recurso, tanto de forma como de fondo, de modo congruente con las peticiones formuladas por el recurrente (artículo 113.3 LPC). El deber de la Administración de resolver el recurso y su potestad de hacerlo en sentido estimatorio, revocando o anulando totalmente la resolución impugnada en alzada, resultan incompatibles con la atribución a ésta de la nota de firmeza antes de la resolución expresa de aquél y esa incompatibilidad, que se inicia con la interposición temporánea del recurso, subsiste en tanto no se produzca esa resolución expresa.”

Además, la Sala culmina su razonamiento con otra precisión de gran importancia:

“Tampoco el transcurso del plazo establecido en el artículo 46.1 LJCA para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos sin hacer uso del mismo permite lógicamente atribuir firmeza a la resolución administrativa combatida en el recurso de alzada no resuelto.”

#### **B) Ejecución de sanciones y control contencioso-administrativo**

La STC 243/2006, de 24 de julio (recurso de amparo), efectúa un compendio de buena parte de la doctrina del TC sobre la ejecutividad de las sanciones administrativas. Se trata ésta de una doctrina que presenta algunos elementos contradictorios, que son difíciles

de compatibilizar en la práctica. En concreto, la Sala efectúa las siguientes cuatro afirmaciones:

– “para iniciar la ejecución de una sanción la Administración no tiene que esperar a que haya transcurrido dicho plazo (el plazo para su impugnación contencioso-administrativa) ni, menos aun, a que, si durante el mismo se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, éste haya sido resuelto o inadmitido por resolución judicial firme, como se deduce con facilidad del artículo 138.2 LPC”.

– “la posibilidad de que la Administración ejecute sus actos antes de que haya expirado el plazo para cuestionar su validez ante los Tribunales, o aún encontrándose ésta *sub iudice*, no es, en principio, constitucionalmente censurable”.

– la ejecutividad de las sanciones “resulta compatible con las exigencias del artículo 24.1 CE (...), en tanto no se impida, dificulte o condicione el posible recurso jurisdiccional contra ellos ni se menoscabe la posibilidad de solicitar y obtener de los Tribunales su suspensión cautelar”.

– “La tutela judicial efectiva en cuanto se refiere a la ejecutividad de los actos administrativos se satisface facilitando que la misma pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre su suspensión.”

### **C) En especial, la suspensión de la sanción de expulsión del territorio nacional**

– STS de 4 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 7567: procede suspender la ejecución de una sanción de expulsión del territorio nacional dictada contra una extranjera que previamente solicitó permiso de residencia y de trabajo sin que, al tiempo de dictarse la sanción aquí recurrida, hubiera resuelto la Administración dicha solicitud de regularización.

– STS de 4 de noviembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 7571: no procede suspender la ejecución de una sanción de expulsión del territorio nacional puesto que el extranjero sancionado no tenía pendiente un proceso de regularización ni existía arraigo familiar o económico.

## **14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA**

### **A) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo**

La STC 187/2006, de 19 de junio, Sala Primera (recurso de amparo), ha aclarado, con relación al régimen sancionador de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y a su insuficiencia desde el punto de vista de la reserva de ley, que “aun dependiendo tanto la sanción pecuniaria como la obligación de dicha reposición del mismo presupuesto normativo, son dos consecuencias jurídicas autónomas entre sí. En la medida en que

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

las garantías previstas en el artículo 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental”.

Más lejos llega en su razonamiento la **STS de 16 de noviembre de 2005**, Sección Quinta, Ar. 750 de 2006, que declara haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por un Gobierno de una Comunidad Autónoma y fija la siguiente doctrina legal:

“En general, y también cuando se ejercite la potestad sancionadora por una Comunidad Autónoma que no haya desarrollado normativamente el artículo 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, la imposición de la sanción pecuniaria prevista en dicho artículo no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes de abonar los daños y perjuicios ocasionados y de restaurar el medio natural agredido que se prevén en el artículo 37.2 de dicha Ley.”

### **B) Reducción de la cuantía de la multa**

La **STS de 5 de diciembre de 2005**, Sección Séptima, Ar. 325 de 2006, reduce la multa impuesta a un juez por retraso injustificado en la tramitación de asuntos de tres mil a mil quinientos euros por razón de las circunstancias atenuantes puestas de manifiesto por la propia resolución recurrida:

“circunstancias que indudablemente atenúan la responsabilidad del expedientado (y) (...) que son ajenas a la conducta del magistrado demandante (...) cuya síntesis es la siguiente: a) Ausencia de Secretario titular durante un largo período. b) Inestabilidad de la plantilla y falta de cobertura de puestos clave. c) Inexistencia de retraso en la sección penal a la que, como así, procede, otorgó prioridad el expedientado. (...) e) Las adversas circunstancias de salud que afectaron al expedientado durante el período señalado (...). f) Como posible factor coadyuvante a los retrasos detectados, (...) el carácter meticoloso del magistrado (...), que le llevaba a estudiar y elaborar cuidadosamente sus sentencias”.

### **C) Retroacción a un momento anterior para que la Administración dicte una nueva resolución, que individualice la sanción para cada una de las infracciones cometidas**

Esto es lo que ocurre en la **STS de 11 de noviembre de 2005**, Sección Tercera, Ar. 317 de 2006, comentada en VII.12.A).

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
ANTONIO MARÍA BUENO ARMIJO  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
MANUEL REBOLLO PUIG



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio.** A) La declaración de urgencia implícita en los procedimientos de tasación conjunta no se sujeta a las mismas formalidades en cuanto a su motivación que las expropiaciones urgentes que siguen el procedimiento del artículo 52 de la LEF. **3. Determinación y pago del justiprecio.**

A) Inclusión de los deméritos derivados directamente de la expropiación como partida integrante del justiprecio. B) La expropiación de los terrenos destinados a la obtención de un sistema general consistente en una estación depuradora de aguas residuales ubicada en suelo no urbanizable no “crea ciudad”, por lo que no puede valorarse como si de suelo urbanizable se tratase. **4. Garantías sustanciales.** A) Procedencia de la reversión consistente en la atribución del aprovechamiento urbanístico correspondiente a los terrenos originariamente expropiados en el seno de actuaciones sistemáticas.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se comentan en esta crónica algunas de las sentencias más destacadas de las producidas en materia expropiatoria durante el último trimestre de 2005. En esta ocasión son pocas las que sientan doctrina novedosa. Acaso cabe destacar el pronunciamiento referido a la declaración de urgencia implícita en los procedimientos de tasación conjunta, en el que el Tribunal Supremo sostiene que dicha declaración no se sujeta a las mismas formalidades que las expropiaciones urgentes que siguen el procedimiento del artículo 52 de la LEF, de forma que a aquéllas no le son exigibles los rigores que la jurisprudencia viene exigiendo a éstas en relación con la motivación y a la justificación de los presupuestos de la urgencia. Asimismo tienen interés las sentencias que se comentan respecto de la valoración de los sistemas generales ubicados en suelo no urbanizable, pues a través de ellas el Tribunal Supremo perfila los criterios que han de seguirse para saber si un sistema tal “crea” o no “crea ciudad” y, en consecuencia, que deba o no valorarse como si de suelo urbanizable se tratase.

## 2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

### **A) La declaración de urgencia implícita en los procedimientos de tasación conjunta no se sujeta a las mismas formalidades en cuanto a su motivación que las expropiaciones urgentes que siguen el procedimiento del artículo 52 de la LEF**

Como prevé el artículo 36 de la Ley 6/1998 del Suelo, la valoración de los bienes y derechos que son objeto de expropiación en el marco de una operación urbanística puede determinarse bien “mediante expediente individualizado” para cada bien o derecho o “por el procedimiento de tasación conjunta”.

El procedimiento de tasación conjunta fue originariamente contemplado en el artículo 138 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y desarrollado por los artículos 202 a 204 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978. Posteriormente, los artículos 218 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 establecieron de forma muy detallada las reglas procedimentales de la tasación conjunta reproduciendo, en líneas generales, las pautas establecidas por la legislación precedente. Debe señalarse que algunas de las previsiones que en este punto contenía el TRLS de 1992 no fueron declaradas inconstitucionales por la STC 61/1997, de 20 de marzo; concretamente las relativas a la tramitación de urgencia de los procedimientos expropiatorios de tasación conjunta que imponían los artículos 218 y 220.2 de dicho Texto Refundido. No obstante, esos preceptos que no fueron tachados de inconstitucionalidad fueron posteriormente derogados por la Disposición Derogatoria Única de la Ley estatal 6/1998 del Suelo, cuyo artículo 38 consagró las líneas fundamentales del procedimiento expropiatorio de tasación conjunta siguiendo las previsiones precedentes. Finalmente, es de consignar que la STC 164/2001, de 11 de julio, declaró inconstitucional, y por tanto nulo, el artículo 38 de la Ley estatal del Suelo por considerar que la competencia para regular el procedimiento de tasación conjunta corresponde a las Comunidades Autónomas.

Dejando ahora al margen los avatares sufridos por la regulación legal del procedimiento de tasación conjunta (a los ya apuntados habría que sumar la regulación que de este procedimiento hacen las respectivas leyes autonómicas del suelo), lo cierto es que las pautas procedimentales esenciales de la tasación conjunta han permanecido inalteradas en las sucesivas legislaciones estatales y autonómicas, pudiendo resumirse en las siguientes: la valoración mediante el procedimiento de tasación conjunta requiere la formulación de un proyecto de expropiación que ha de tramitarse con audiencia de las partes afectadas y exposición al público del proyecto, de forma que una vez informadas las reclamaciones que hubiere por la entidad pública actuante, el expediente se eleva al órgano autonómico competente para su resolución, cuya aprobación lleva implícita la declaración de urgencia que habilita para proceder a la ocupación de la finca de acuerdo con lo establecido por los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la LEF. A tal efecto, la Administración expropiante o el beneficiario de la expropiación han de proceder previamente al pago o depósito del importe de la valoración establecida por el órgano competente al aprobar el proyecto de expropiación, sin perjuicio de que, de existir contradicción, el justiprecio sea fijado

## VIII. Expropiación Forzosa

ulteriormente, de forma definitiva, por el órgano de tasación que designe la legislación urbanística autonómica, contra cuyo acuerdo cabe el correspondiente recurso en sede jurisdiccional.

Es decir, al procedimiento de tasación conjunta se le aplican las reglas del procedimiento expropiatorio de urgencia del artículo 52 a las que se remite la legislación urbanística, pero con una notable diferencia: mientras que en el procedimiento de urgencia de la LEF los bienes o derechos afectados pueden ser ocupados con sólo el abono o consignación del depósito previo (reglas 5ª y 6ª del artículo 52 de la LEF), en el procedimiento de tasación conjunta se ha de pagar o consignar, con carácter previo a la ocupación, el importe íntegro de la valoración previamente establecida por el órgano competente (la Comisión Provincial de Urbanismo, en los términos que preveía el artículo 138.4 del TRLS de 1976, los apdos. 4º a 9º del artículo 219 y 2º del artículo 220 del TRLS de 1992 y el artículo 203.2 del Reglamento de Gestión Urbanística); de modo que en el procedimiento de tasación conjunta sólo es posible ocupar los bienes o derechos afectados por la expropiación cuando el beneficiario de la expropiación ha pagado el valor aprobado por el órgano que haya asumido las competencias de las Comisiones Provinciales de Urbanismo en las respectivas Comunidades Autónomas.

Así, pues, el procedimiento de urgencia contemplado en los artículos 52 de la LEF y 56 a 58 de su Reglamento no es en su integridad el previsto en los supuestos de tasación conjunta, pues en éste la declaración de urgencia se anuda legalmente al pago del importe íntegro de la valoración establecida y no sólo al de los perjuicios por rápida ocupación señalados en regla 5ª del artículo 52 de la LEF.

Aclarado lo anterior, procede que nos centremos ahora en un problema específico que se ha planteado en la interpretación jurisprudencial del procedimiento de tasación conjunta: el de si resulta aplicable a este procedimiento la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con los requisitos formales de motivación y al control del presupuesto de hecho habilitante de las expropiaciones de urgencia previstas en el artículo 52 de la LEF. Se trata de una doctrina bien conocida y sobradamente comentada por nosotros en estas crónicas, en las que hemos ido dejando constancia de la reacción jurisprudencial frente al recurso sistemático y abusivo que la Administración ha venido haciendo del procedimiento expropiatorio de urgencia, exigiendo la jurisprudencia un mayor rigor en la apreciación de los requisitos que permiten aplicar este procedimiento que ha conllevado una cada vez más estricta interpretación de los presupuestos de las expropiaciones urgentes y de la propia existencia de la urgencia, que ha de quedar debidamente motivada tal y como reclama el carácter excepcional de estas expropiaciones.

Pues bien, tratándose de procedimientos de urgencia derivados de la tasación conjunta, la jurisprudencia ha rechazado la aplicación en estos casos de la consabida doctrina jurisprudencial sobre la motivación del presupuesto de hecho de las expropiaciones urgentes que se tramitan en su integridad por la vía del artículo 52 de la LEF. Es especialmente significativa de esta línea jurisprudencial la **STS de 11 de octubre de 2005**, Ar. 8501, que declara no haber lugar al recurso de casación deducido contra la desestimación por parte del Tribunal Superior de Cantabria del recurso contencioso-administrativo interpuesto

contra una Resolución de la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria que aprobó definitivamente el expediente de expropiación forzosa de los terrenos comprendidos en una unidad del planeamiento urbanístico que habrían de valorarse por el procedimiento de tasación conjunta.

La fundamentación principal del recurso de casación aludido es la falta de motivación de la citada Resolución de la Comisión Regional de Urbanismo de Cantabria, tanto sobre la elección del procedimiento de tasación conjunta como en cuanto a la declaración de la urgencia que ello conllevaba.

Para rechazar el motivo, el Tribunal Supremo acoge la argumentación de la Sala de instancia, según la cual,

“se evidencia que llevando implícita la declaración de urgencia la aprobación definitiva del procedimiento de tasación conjunta, no se requiere motivación como contenido de la citada resolución, sino que las razones de urgencia y necesidad para la expropiación de un suelo para su inmediata incorporación al proceso urbanístico ya se encuentran suficientemente reflejadas en los informes técnicos y demás documentación del proyecto y demás obrante en el expediente concorde con el planeamiento vigente, por lo demás, demostrativa para el recurrente acerca de las auténticas razones de la decisión para articular su defensa, sin privarle de argumento alguno”.

Pero la razón que justifica con carácter general la inaplicación de la doctrina sobre la motivación de la urgencia en los procedimientos de tasación conjunta no es, para el Tribunal Supremo, tan formal sino más de fondo, pues –como ya dijera en su STS de 23 de noviembre de 2002, Ar. 79 de 2003–,

“La doctrina jurisprudencial citada por la representación procesal de los recurrentes se ha formado o elaborado al interpretar lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, pero, en este caso, el régimen jurídico aplicable es el establecido por los artículos 218, 219 y 220.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que reproducen básicamente lo que disponía el artículo 138 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976.

La diferencia entre uno y otro sistema es manifiesta puesto que, de seguirse el procedimiento de urgencia de la Ley de Expropiación Forzosa, los bienes o derechos afectados pueden ser ocupados con sólo el abono o consignación del depósito previo (5ª y 6ª del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa), mientras que, a través del procedimiento de tasación conjunta, se debe pagar o consignar el importe íntegro de la valoración establecida (números 4 a 9 del artículo 219 y 2 del artículo 220 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y núm. 4 del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), de modo que en el procedimiento de tasación conjunta sólo es posible ocupar los bienes o derechos afectados por la expropiación cuando el beneficiario de la expropiación ha pagado el valor aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo o el órgano que

## VIII. Expropiación Forzosa

haya asumido las competencias de éstas en las respectivas Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que, de existir contradicción, el justiprecio sea fijado ulteriormente, de forma definitiva, por el Jurado de Expropiación, contra cuyo acuerdo cabe el correspondiente recurso en sede jurisdiccional.

En definitiva, el procedimiento de urgencia contemplado en los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 a 58 de su Reglamento no es el previsto en los supuestos de tasación conjunta, regulada en los artículos 218 a 220 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y 138 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, y, en consecuencia, la jurisprudencia interpretativa de aquéllos no es aplicable a este procedimiento de tasación en conjunta, en el que la declaración de urgencia se anuda legalmente al pago del importe íntegro de la valoración establecida y no sólo al de los perjuicios por rápida ocupación, señalados en la consecuencia 5ª del aludido artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, razón por la que este tercer motivo de casación también debe ser desestimado.”

Así pues, la *ratio* que permite excepcionar en estos casos el deber de motivación parece responder a este razonamiento de fondo: al ser mayores las garantías procedimentales y del pago en el procedimiento de tasación conjunta que en el artículo 52 de la LEF no procede extremar en aquél los rigores para exigir la motivación y la justificación de la urgencia tal y como la jurisprudencia hace para controlar los sistemáticos abusos que han desnaturalizado el procedimiento del artículo 52 de la LEF.

### 3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

#### A) Inclusión de los deméritos derivados directamente de la expropiación como partida integrante del justiprecio

Como hemos tenido ocasión de señalar en otras crónicas, es doctrina jurisprudencial consolidada que los deméritos sufridos en los bienes como consecuencia de una expropiación han de ser indemnizados como una partida más del justiprecio siempre que la minusvalía o demérito tenga origen directo en la expropiación, pues, según esta jurisprudencia, el justiprecio no sólo comprende la valoración del objeto expropiado sino que también han de estimarse en él las consecuencias dañosas que la expropiación ocasione de forma directa hasta alcanzar todos los perjuicios, incluyendo la disminución de los beneficios. Por el contrario, no deben incluirse en el justiprecio los daños que son fundamentalmente imputables a causas ajenas a la expropiación, sin perjuicio de que éstos puedan resarcirse por medio de una reclamación de responsabilidad administrativa si se dan los presupuestos legales para ello.

En esta línea jurisprudencial se inscribe la STS de 22 de septiembre de 2005, Ar. 7080, que desestima el motivo casacional articulado por la Administración expropiante frente al fallo del Tribunal de instancia por el que se declaraba procedente incluir en el justiprecio, a raíz de la expropiación de una finca para la construcción de una carretera, los deméritos derivados del impacto visual y paisajístico que resultaba de la expropiación, así como la

desaparición del coto de caza preexistente en la finca y la transmisión de determinadas enfermedades al ganado.

La Administración expropiante discute en sede casacional la inclusión en el justiprecio de esas partidas indemnizatorias porque —a su juicio— tales daños no derivaban directamente de la expropiación, de modo que su reclamación no debería haberse realizado en el proceso expropiatorio sino, eventualmente, por la vía de la responsabilidad patrimonial. Concretamente, la Administración recurrente entiende que debía de haberse excluido del justiprecio la pretendida desvalorización sufrida por ruidos e impacto paisajístico y la pérdida de ganado porcino, por cuanto tales pérdidas se derivaron de la ejecución de las obras de la carretera, que es un hecho ajeno a la expropiación propiamente considerada. Entiende además la recurrente que se vulneran los artículos 122 LEF y 139 de la Ley 30/1992 por haberse incorporado al justiprecio indemnizaciones por daños que no son efectivos y otros que no son individualizados en relación con una persona o grupo de personas. Así, la indemnización por pérdidas de ganado porcino satisfaría pérdidas hipotéticas, de la misma forma que sería hipotética la clausura del coto de caza y la transmisión de enfermedades, lo que haría improcedente una indemnización por dichos conceptos a la luz del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, como declaró probado la sentencia de instancia, con anterioridad a la construcción del eje transversal de la carretera para el que se realizó la expropiación, la finca a la que se refieren las actuaciones estaba completamente aislada y sin ruidos, ubicándose en ella una masía-fortaleza dedicada a granja y coto de caza. Asimismo quedó acreditado que como consecuencia de la ejecución del eje transversal, la finca se encuentra ahora partida por un viaducto que soporta una carretera de tres carriles y de tráfico denso, cuyo impacto acústico quedó igualmente probado en instancia, así como la cercanía a la vía de las granjas de ganado porcino y la masía ubicadas en la finca. Por todo ello, el Tribunal a quo consideró adecuado incluir en el justiprecio las indemnizaciones por todas las partidas referidas, declarando improcedente acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

A la vista de estos hechos y precedentes judiciales, el Tribunal Supremo comienza por recordar su consolidada doctrina sobre los deméritos indemnizables como partidas del justiprecio y los daños resarcibles por la vía de la responsabilidad patrimonial, reafirmando que

“las consecuencias dañosas relacionadas con la expropiación que deben considerarse en la fijación del justiprecio son las ligadas de modo directo al acto de privación patrimonial en que la expropiación consiste, no aquellas que son fundamentalmente imputables a causas ajenas a la expropiación. La expropiación no basta con que sea motivo u ocasión para la fijación o determinación del justiprecio, sino que es menester que constituya su causa directa, de tal forma que si los perjuicios no trajeran su causa directa de la expropiación, el derecho a obtener su resarcimiento no puede hacerse valer con ocasión de la expropiación dimanante de la necesidad de la obra realizada, sino que únicamente podrá encauzarse por

## VIII. Expropiación Forzosa

las vías procedimentales previstas para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las administraciones públicas por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que concurren los requisitos de fondo y de forma necesarios para que pueda apreciarse dicha responsabilidad”.

Hecha esta consideración general, el Tribunal Supremo se remite a la doctrina sentada por su sentencia de 19 de abril de 2001, Ar. 3158, relativa a la determinación del justiprecio de una finca que quedaba al borde de una carretera, en la que se valoró como partida del justiprecio el demérito resultante de quedar las edificaciones preexistentes “fuera de ordenación” a resultas de la expropiación. Asimismo recuerda su anterior STS de 28 de octubre de 1996, Ar. 7181, donde se analizaba la indemnización que, como partida del justiprecio, correspondía a las fincas aledañas a una línea férrea de alta velocidad por los ruidos perturbadores que el paso de los trenes producían en la salud del ganado que se criaba en dichas fincas.

Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo que en el caso ahora examinado

“ninguna duda hay que las concretas partidas a las que se refiere la parte recurrente relativas a la depreciación por impacto visual y paisajístico de la finca, la desaparición del coto de caza y la transmisión de enfermedades al ganado son una consecuencia directa de la ocupación de los terrenos expropiados y de la construcción en ellos de una importante vía de tráfico y un viaducto, conforme al proyecto que justificó la Expropiación, sin que puedan imputarse los daños a actuaciones ajenas o extrañas a la misma. Siendo ello así y con base en la reiterada jurisprudencia de esta Sala (...), el (...) motivo de recurso debe ser desestimado”.

### **B) La expropiación de los terrenos destinados a la obtención de un sistema general consistente en una estación depuradora de aguas residuales ubicada en suelo no urbanizable no “crea ciudad”, por lo que no puede valorarse como si de suelo urbanizable se tratase**

Es criterio jurisprudencial que el suelo destinado a dotaciones o sistemas generales ha de valorarse a los efectos de su expropiación como si de suelo urbanizable se tratase, pese a que pueda estar formalmente clasificado de no urbanizable por el Plan urbanístico correspondiente. La procedencia de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional se deriva, como tantas veces ha dicho el Tribunal Supremo, de la propia lógica compensatoria del urbanismo, pues de lo contrario quedaría vulnerada la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento. No obstante, la jurisprudencia venía condicionando esta equiparación del suelo no urbanizable al urbanizable a que la ejecución urbanística de los sistemas generales en cuestión estuviese expresamente contemplada en el Plan. De no ser así prevalecería su valoración como suelo no urbanizable en el contexto de una expropiación ordinaria y no urbanística, ya que en estos casos habría que entender que los sistemas no se expropian para la ejecución del planeamiento sino para un proyecto concreto que se mantiene al margen de los mecanismos compensatorios y distributivos del Plan.

Sin embargo, esta condición fue corregida por el Tribunal Supremo a partir de los recursos de casación formulados contra la valoración de los terrenos de ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas ubicados en el término municipal de Alcobendas (comentados por nosotros en el número 26 de esta revista). En la resolución de estos recursos, el Tribunal Supremo afirmó que aunque el Plan no contemple la ejecución de un sistema general, dicho sistema se tendrá que valorar como si de suelo urbanizable se tratase siempre que contribuya de forma efectiva “a crear ciudad”, con independencia de otras circunstancias como que el Plan los clasifique o no (y de cómo lo haga) o de que contemple o no su ejecución.

Con ello, el Tribunal Supremo introducía el manejo de un elemento valorativo de difícil determinación apriorística, que obliga a responder casuísticamente la cuestión de cuáles sean los sistemas generales que contribuyen a “crear ciudad”. Dado lo relativamente reciente de esta doctrina jurisprudencial, dicha cuestión está aún *in fieri* en la jurisprudencia, aunque existen pronunciamientos que nos permiten perfilar mínimamente el criterio conceptual.

Así, respecto de los sistemas generales de comunicaciones, el Tribunal Supremo ha sostenido desde su Sentencia de 14 de febrero de 2003, Ar. 3076, que sólo “crean ciudad” aquellas vías “que integran el entramado urbano”, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues, en palabras de la STS de 22 de diciembre de 2003, Ar. 9436, “otra cosa nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión”. Sin embargo, no cabe descartar que una vía interurbana, por el hecho de tener este carácter, no pueda considerarse un sistema que “crea ciudad”. Así la **STS de 12 de octubre de 2005**, Ar. 7463, establece el criterio para conocer si se da o no esa cualidad en estos supuestos, en los que

“será necesario analizar las circunstancias que puedan concurrir en el entramado viario de que se trate, tal sería el caso de la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas aun cuando afecten a términos municipales distintos habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad, y precisamente por ello repercuten en la equidistribución de beneficios y cargas”.

Este mismo es el criterio que emplean las **SSTS de 28 de septiembre de 2005**, Ar. 6991, y **de 22 de noviembre de 2005**, Ar. 9850, por citar algunas de las más recientes.

También ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de señalar algunos supuestos de ejecución de sistemas generales que no contribuyen a “crear ciudad”. Tal cosa hizo la STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 3617, comentada por nosotros en el número 30 de esta revista, en la que se negaba tal condición a la expropiación de terrenos de suelo rústico comprendidos en el Plan Especial de Protección del Paisaje que se destinaban a la recuperación paisajística del llamado “Valle de Clamores” en Segovia.

## VIII. Expropiación Forzosa

También negaba implícitamente la condición de “servir a crear ciudad” una anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2001, en la que se rechazaba la valoración como urbanizables de los terrenos destinados a la construcción de un Centro Penitenciario ubicados en suelo rústico, afirmando que aunque en principio

“debe valorarse como urbanizable el suelo clasificado en el Plan General de modo expreso como no urbanizable y destinado a sistemas generales o a fines dotacionales si esta clasificación se ha hecho de manera que suponga la singularización y el aislamiento del suelo afectado (...). Sin embargo en el caso examinado se trata de un Centro penitenciario, cuya construcción en suelo no urbanizable, dadas sus características, no puede considerarse que suponga una individualización arbitraria del suelo afectado, pues se trata de una instalación de ámbito ajeno al conjunto urbano del municipio, la cual, por razones sociales, puede autorizarse en suelo no urbanizable (artículo 85.1.2ª del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, en relación con el artículo 43.3 del mismo). Por consiguiente, puede considerarse infringido por aplicación indebida el artículo 105 de la Ley del Suelo de 1976, citado como infringido por el abogado del Estado, por haberse computado un aprovechamiento urbanístico que no deriva del planeamiento”.

Para rechazar que deba valorarse como suelo urbanizable programado el destinado a sistema general penitenciario, la sentencia citada no sólo se fija en el hecho de que se trata de una instalación ajena al conjunto del municipio (que no contribuye a “crear ciudad”, por tanto), sino también en una segunda circunstancia relevante: que la instalación podía autorizarse en suelo no urbanizable. Es más, la especial predestinación de este tipo de instalaciones a ubicarse en suelo no urbanizable, por lógicos motivos de aislamiento y seguridad, explica que su clasificación urbanística por el Plan no se haya hecho “de manera que suponga la singularización y el aislamiento del suelo afectado”.

Pues bien, estas mismas dos consideraciones, el grado de ajenidad o pertenencia del sistema al entramado urbano (criterio “crear ciudad”) y la relativa a la posibilidad y conveniencia de su instalación en suelo no urbanizable, son las que emplea una nueva **STS de 16 de septiembre de 2005**, Ar. 7091, para rechazar que la obtención por expropiación de los terrenos destinados a la construcción de una depuradora de aguas residuales catalogada como sistema general en suelo no urbanizable por el PGOU de la madrileña localidad de Velilla de San Juan haya de valorarse como si de suelo urbanizable se tratase, pues

“el Plan General de Ordenación Urbana de Velilla de San Juan, contemplaba la construcción de una estación depuradora de aguas residuales, catalogada como sistema general, pero esa circunstancia no implica de forma automática y generalizada que dicha catalogación obligue necesariamente a valorar el suelo expropiado para la construcción de aquella, como suelo urbanizable programado, cuando dicho suelo está clasificado urbanísticamente como en el caso de autos, como suelo no urbanizable y ello es así, por cuanto además de la obvia consideración de que una estación depuradora de aguas residuales, no resulta en modo alguno equiparable a una vía de comunicación (...), el propio destino a cuyo fin se realiza la expropiación, cual es una estación depuradora de aguas y por la propia naturaleza y finalidades que la misma tiene por objeto, hacen lo lógico y razonable que dicha instalación se realice precisamente en suelo no urbanizable.

En definitiva, no cabe una generalización (...) en el sentido de que deban ser valorados como urbanizables programados todos los terrenos destinados a sistemas generales, aun cuando vinieran clasificados como no urbanizables, sino que resultará necesario examinar las circunstancias concurrentes en cada supuesto, apreciando aspectos tales como el objeto y fin de la expropiación realizada, la posible concurrencia de un propósito fraudulento y si se hace o no una individualización arbitraria del suelo afectado, así como si la instalación a construir puede autorizarse en suelo no urbanizable (...), circunstancia esta última que tiene especial relevancia, cuando de una estación depuradora de aguas residuales se trata, que lógicamente debe estar ubicada en suelo no urbanizable”.

Como puede apreciarse, el criterio jurisprudencial de distinción entre los sistemas que crean ciudad y los que no la crean requiere examinar las circunstancias concretas de cada caso considerado y ponderar los diversos aspectos concurrentes: en primer término el objeto y fin de la expropiación realizada en orden a conocer si se trata de un sistema que “crea” o no ciudad en razón de su grado de ajenidad o imbricación en el entramado o las necesidades urbanas; en segundo lugar, la posible concurrencia de un propósito fraudulento en la clasificación del suelo por parte del planificador, para verificar que éste no ha efectuado una individualización arbitraria del suelo afectado; y, finalmente, es preciso examinar si la instalación a construir puede autorizarse en suelo no urbanizable de acuerdo a la legislación urbanística aplicable, circunstancia esta última que tiene especial relevancia cuando se trata de sistemas que están llamados, por sus propias características intrínsecas, a ubicarse en este tipo de suelo. Éstos son, fundamentalmente, los criterios que está manejando el Tribunal Supremo en la tarea de perfilar y dar consistencia conceptual a esta nueva línea jurisprudencial.

#### 4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

##### **A) Procedencia de la reversión consistente en la atribución del aprovechamiento urbanístico correspondiente a los terrenos originariamente expropiados en el seno de actuaciones sistemáticas**

La STS de 4 de julio de 2005, Ar. 7086, resuelve el recurso de casación planteado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que denegaba la reversión de la edificabilidad correspondiente al uso residencial al que habían sido destinados unos terrenos expropiados en el contexto de una actuación sistemática para el desarrollo de todo un sector de suelo urbanizable. La sentencia de instancia deniega la pretensión anulatoria del acuerdo recurrido porque entiende que el objeto de la reversión no puede ser la edificabilidad solicitada por los recurrentes, puesto que la reversión está limitada, por imperativo legal, a la recuperación de los bienes expropiados y no de su aprovechamiento urbanístico.

En el recurso de casación deducido contra esta sentencia, los expropiados recurrentes argumentan que el contenido de su derecho reversional no puede ser otro que el de solicitar la edificabilidad de los terrenos originariamente expropiados, pues tratándose

## VIII. Expropiación Forzosa

de una actuación sistemática en la que se produce una reparcelación integral resulta materialmente imposible precisar a qué fincas concretas se corresponden las que les fueron expropiadas, entendiéndose así que no cabe examinar la finalidad expropiatoria desde el ámbito restringido de uno o varias de las concretas parcelas sino desde el punto de vista de la actuación global en el sector de suelo urbanizable considerado.

Ante esta argumentación, el Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación pretendida, y anula el pronunciamiento de instancia recordando su doctrina sobre la especialidad del derecho de reversión en el supuesto de actuaciones expropiatorias sistemáticas (fundamentalmente elaborada a la luz del artículo 225.3 del TRLS de 1992, que contemplaba la reversión de terrenos incluidos en una unidad de ejecución para su desarrollo por el sistema de expropiación cuando hubieran transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se hubiera concluido). Según esta jurisprudencia, que la sentencia comentada resume,

“cuando se trata de una expropiación de la indicada naturaleza, comprensiva de áreas de actuación con amplia superficie y en que el objeto de la actuación administrativa es conseguir su urbanización con destino a la edificación de viviendas o establecimiento de unidades productivas con sus correspondientes dotaciones de equipo colectivo y servicios complementarios, ha de prescindirse de la contemplación de las fincas aisladas, puesto que en tales casos (...) el cumplimiento o no de la causa no puede examinarse desde la perspectiva de una finca aislada sino contemplando la globalidad de las tareas llevadas a cabo (...) pues en tal caso la individualidad de las concretas fincas y de la obra en las mismas realizada desaparece a la hora de precisar el cumplimiento de la causa legitimadora de la expropiación. Y, del mismo modo habrá de entenderse que no se alteraría la naturaleza y esencia de la reversión si se aceptara que la misma se ejercitara, no sobre las concretas fincas expropiadas, sino sobre el elemento que define y concreta el contenido urbanístico y, en definitiva el valor del terreno es decir, el aprovechamiento; y ello con mayor motivo cuando, como en el presente caso, sobre las concretas fincas expropiadas sí se han efectuado actuaciones previstas en el planeamiento y no resulta posible su devolución al expropiado”.

Ciertamente, del mismo modo en que al expropiado se le priva en estos casos de su propiedad asignándosele una valoración establecida en función del aprovechamiento medio correspondiente al del sector o área de actuación (para hacer posible la efectiva equitativa distribución de beneficios y cargas del planeamiento), nada impide que la reversión, que en principio atribuye a su titular el derecho a recuperar los mismos bienes de que fue originariamente privado, pueda traducirse aquí en la recuperación del aprovechamiento urbanístico aplicable a la extensión de terreno expropiada, pues dicho aprovechamiento constituye, en definitiva, el contenido urbanístico del derecho de propiedad. Se trata, por lo demás, de un razonamiento acorde con la lógica que informa nuestra legislación urbanística, donde este concepto de aprovechamiento que posibilita trasladar el mismo a terrenos distintos de los que su titular era originariamente propietario ha tenido tradicionalmente reflejo en las técnicas de la reparcelación, de la actuación por ocupación directa o de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, en las que se posibilita la transferencia del aprovechamiento a parcelas distintas de las que se predica o, incluso, su sustitución por su equivalente económico.

Por ello, la sentencia comentada concluye que

“puesto que el aprovechamiento refleja el contenido urbanístico del derecho de propiedad, resulta correcto referir el derecho de reversión a la recuperación de ese aprovechamiento, con mayor motivo además en el presente caso pues resultaba imposible el ejercicio del derecho de reversión sobre las fincas inicialmente expropiadas que habían sido afectadas por la actuación urbanizadora administrativa, según se recoge en el informe pericial. De ello resulta la procedencia, estimando el motivo, de casar la sentencia que fundamenta su decisión desestimatoria en criterio distinto”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideraciones preliminares. 2. Elementos caracterizadores del sistema: objetividad, causalidad y antijuridicidad.** A) Responsabilidad por asistencia sanitaria: doctrina general sobre la necesidad de acreditar una desviación de la *lex artis*. B) Accidentes en festejos taurinos y responsabilidad por riesgo: solución por el orden civil. C) Daños sufridos por un menor interviniendo culpa de la víctima y de terceros y responsabilidad exclusiva de la Administración por omisión de adoptar medidas de seguridad. **3. Aspectos procesales.** A) Legitimación activa de las organizaciones de consumidores y usuarios para reclamar indemnización por los daños sufridos por los retrasos en los aeropuertos. B) Legitimación pasiva de la Administración del daño provocado por un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la reserva con su arma particular. C) Tribunal competente para conocer de las reclamaciones por daños sanitarios causados por asistencia sanitaria en un hospital del INSALUD. **4. Responsabilidad derivada de reglamentos. Plan Rector de Uso y Gestión de un Parque Natural que establece limitaciones al uso de los terrenos por razones medioambientales. 5. Responsabilidad del Poder Judicial. Funcionamiento anormal consistente en dilaciones excesivas.**

**1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

Sobre un fondo de Sentencias que abordan aspectos ya resueltos en resoluciones anteriores que hemos comentado en estas Crónicas, destaca sobremanera una sentencia del TS del 10 de mayo de 2005, una de las últimas suscritas por el Profesor D. Francisco González Navarro como Magistrado del Tribunal Supremo. No se sabe si la sentencia es más destacable por el importante tema que aborda o si por el porte de su literatura y su brillante modo de afrontar tan amena y directamente un aspecto tan crucial del instituto de la responsabilidad administrativa. Se trata de una muestra más de ese modo de hacer la *iuris dictio*, tan apasionada como generosamente ejercida, de las que nos ha venido regalando el ilustre jurista durante no pocos años. Vaya en su homenaje –y porque la sentencia objetivamente lo merece– la especial extensión que aquí le dedicamos.

Por si no hubiera quedado ya claro en sentencias anteriores –de las que tantas veces ha sido ponente el profesor González Navarro– el absurdo de predicar un sistema de responsabilidad objetiva químicamente puro a una actividad como la sanitaria, obligada esencialmente a prestar buenos medios más que a garantizar un resultado, la sentencia se explaya en tal sentido en un discurso, típico de quien lo escribe, en el que se combina la explicación sencilla, profesoral, a la vez que toca las claves más sutiles de la institución.

La conclusión es la de reconocer sin más tapujos que la responsabilidad administrativa, al menos en el ámbito sanitario, responde, por la propia naturaleza de las cosas a un modelo culpabilístico. Entonces la paradoja es que la antijuridicidad objetiva –esa circunstancia que generaría indemnización a favor del damnificado sin que concurriese culpa en el agente del daño, según se ha venido formulando el concepto tradicionalmente– pasaría a depender estrechamente de la concurrencia de culpa, o sea, del actuar antijurídico de quien produce el daño. Así lo dice la Sentencia: “podríamos decir que el daño debe reputarse antijurídico –y, por tanto, tendría el paciente el deber jurídico de soportarlo– si no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ac hoc*.”

## 2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL SISTEMA: OBJETIVIDAD, CAUSALIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

### A) Responsabilidad por asistencia sanitaria: doctrina general sobre la necesidad de acreditar una desviación de la *lex artis*

La STS de 10 de mayo de 2005, Ar. 9332, enjuicia un supuesto de daño con ocasión de la asistencia sanitaria. Se trata de una persona, a la sazón médico de profesión, que acude a un hospital con un cuadro de “epístasis” que se va complicando y requiriendo intervenciones como resultado de todo lo cual acaba con importantes secuelas.

La sentencia de instancia reconoció el derecho a indemnización sin abordar el tema nuclear de la corrección o no de la praxis médica, centrándose tan sólo en la existencia de nexo causal. El Tribunal Supremo se “revuelve” y, con la puerta abierta que le deja la consideración de que se ha producido un vicio de incongruencia omisiva, lleva a cabo un razonamiento que muestra, más explícitamente que casi nunca, los absurdos a los que llevaría un entendimiento “mecánico” del principio de responsabilidad objetiva. Dada su importancia, nos parece adecuado reproducir en su integridad los razonamientos rubricados por el Magistrado González Navarro:

“(…) tal como está fundamentada la sentencia impugnada, podría entenderse que basta con que no se consiga la finalidad que se pretende alcanzar con un acto sanitario para que, sin más, haya que condenar a la Administración a indemnizar al reclamante. No es así, y esto lo dicta el mismo sentido común. Porque, como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada –y que, por lo reiterada, excusa la cita– el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como

## IX. Responsabilidad Administrativa

una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar.

Con esto estamos queriendo decir —y es idea que será explicitada luego— que no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para ser sometida a tratamiento (lo que se llama ingresar en el sistema) y ser sometida efectivamente al mismo, hay que dar ya por establecido que por el mero hecho de convertirse en sujeto pasivo del tratamiento (funcionamiento normal) hay que indemnizarle si con ocasión —y no necesariamente por causa— de ese tratamiento resultare daño físico o psíquico para esa persona. Entender esto así es tan absurdo como sostener que el alumno que es admitido en un centro público de enseñanza (admisión que hace nacer la correspondiente relación de acogida en ese centro) y que después de cursar las asignaturas correspondientes (lo que crea la correspondiente relación de enseñanza con los distintos profesores) es suspendido al final de curso (resultado dañoso) tiene derecho a que se le indemnice por haber fracasado ese centro público de enseñanza, actuando a través de su personal de línea, esto es el profesorado. El centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios para que no fracase cuando llegue el momento de la prueba final, pero no se compromete a garantizar que el examinando estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba.

Pues bien, *mutatis mutandis* (o sea: cambiando lo que haya que cambiar) esto mismo ocurre en la relación hospitalaria entre el paciente y el centro público que lo acoge. Porque por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente.

Porque ese sistema termodinámicamente abierto y portador de información (ADN) que —prescindiendo de otros aspectos que no hacen al caso en este momento— es todo organismo vivo (también, por tanto, el viviente humano) es un agregado de un gran número de procesos ordenados de tal manera que le permiten persistir, crecer, desarrollarse, reproducirse, etc. Procesos que el estado de la ciencia permite definir hoy mediante fórmulas químicas, ecuaciones matemáticas y Leyes de la naturaleza; un sistema que es abierto porque intercambia materia con el medio circundante, que importa y exporta componentes materiales que se constituyen y se degradan y que, porque es portador de esa información que constituye su programa vital está llamado a culminar un proceso de morfogénesis. En los tratados de Biología se enseña, en efecto, que ‘el máximo de los problemas biológicos, lejos de toda teoría exacta, es el de la morfogénesis, el proceso misterioso merced al cual una diminuta gota de protoplasma casi indiferenciado, el óvulo fertilizado, acaba por transformarse en esa maravillosa arquitectura del organismo multicelular’. Y por eso,

el organismo humano, en cuanto viviente, es, en sí mismo, un proceso que desde su iniciación en el seno materno, donde ese ser humano va formándose, ha de ir superando diversas etapas (del cigoto al feto); un proceso que continúa luego de producirse el hecho del nacimiento, pues el neonato se hará niño, adolescente luego, joven después, más tarde adulto y finalmente anciano.

C. Esta digresión metajurídica que acabamos de hacer, en modo alguno puede tenerse por innecesaria según vamos a ver de inmediato.

Porque podría pensarse –en un análisis superficial del problema– que la estimación de la sentencia impugnada, y consiguiente declaración de existencia de responsabilidad extracontractual de la Administración, que es la solución que defiende la representación procesal del paciente –parte recurrida en este recurso de casación– podría encontrar sólida apoyatura en tres argumentos de derecho positivo que serían éstos: que la Administración responde no sólo por el funcionamiento anormal del servicio público, sino también por el funcionamiento normal; que por ello el caso fortuito no exime de responsabilidad; y que no estamos ante un caso de fuerza mayor.

Pues bien, si nos hemos demorado en hacer la precedente digresión metajurídica es porque importaba dejar patente que, esas previsiones normativas que directamente o a sensu contrario, resultan del artículo 139 de la Ley 30/1992, han de modularse de acuerdo con la naturaleza de las cosas (concepto metajurídico) y de acuerdo también con el estado de la ciencia y de la técnica (concepto que es, igualmente, metajurídico aunque incorporado al derecho positivo –esto es; convertido en derecho puesto– en el artículo 141 de la misma Ley).

El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir –y ocurre– que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar –total o parcialmente– el acto sanitario realizado.

La técnica quirúrgica, por más sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima, arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles –incluso con la tecnología de alto nivel de la que hoy se dispone– difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad. No sólo la genética heredada, también otros muchos datos, la educación misma recibida, el entorno en que el paciente ha vivido, y tantos otros condicionantes de su conducta y de sus respuestas incontroladas, hacen impredecible en un porcentaje

## IX. Responsabilidad Administrativa

mayor o menor cómo va a responder al acto médico que sobre él se lleva a cabo. Si bien se mira, esto que aquí estamos diciendo es lo que dice también el artículo 141.1, inciso segundo, de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero: 'No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las Leyes puedan establecer para estos casos'. Y decimos más: como en el inciso primero de ese artículo se afirma que los únicos daños indemnizables son aquellos que el lesionado no tiene el deber de soportar (es decir, los daños antijurídicos) lo que está diciendo el inciso segundo es que esos otros daños de que habla no son antijurídicos.

En definitiva: operar sobre el viviente humano, no es trabajar sobre la materia inerte (madera, metal, etc., e incluso sobre el cuerpo humano muerto, o sea, sobre un cadáver, en el caso de la autopsia). Ello explica, por ejemplo, que la expresión 'procedimientos terapéuticos invasores', que emplea la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente (artículo 8.3), carezca de sentido aplicada al trabajo del escultor que talla la piedra, la madera o el metal, siendo, en cambio, perfectamente adecuada para encapsular en una definición la variedad de actos sanitarios del tipo del que aquí venimos ocupándonos.

D. Aplicando las consideraciones que acabamos de hacer, al manejo de la técnica jurídica, que es la herramienta propia de nuestro quehacer, la conclusión primera que se obtiene es que la correcta aplicación del grupo normativo regulador de la responsabilidad de las Administraciones Públicas por acto sanitario realizado en establecimiento público hospitalario no puede entenderse sin traer a colación la idea de riesgo, por un lado, y la de antijuridicidad, por otro.

a) El riesgo es unidad jurídica cuya presencia trasparece en esa exigencia de la vigente Ley General de Sanidad (artículo 10) de que haya que escriturar el consentimiento informado del paciente necesitado de someterse a una intervención quirúrgica, salvo en los taxativos supuestos que la propia Ley establece (entre ellos, el de que la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, o que haya peligro, esto es riesgo, de fallecimiento).

Alguna vez se ha dicho que hay tres factores que determinan el destino de toda vida humana: circunstancia, vocación y azar. Resulta oportuno recordarlo aquí, porque, por más paradójico que parezca, es un hecho innegable que quien se somete a una intervención quirúrgica pone en riesgo su vida, porque en todo acto sanitario, y en particular en los de ese tipo hay siempre un componente de azar. Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión —que no por causa— del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente.

Son estas consideraciones las que permiten entender la aparente contradicción entre un derecho positivo que hace responsable a las Administraciones públicas de los daños causados incluso por funcionamiento normal de los servicios públicos y la jurisprudencia que,

ocasionalmente (cada caso es un caso), exime de esa responsabilidad a la Administración en casos en que, si bien el servicio funcionó con normalidad, se produjo un resultado dañoso.

Como dice la STS de 16 de febrero de 1995, 'los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar (...) no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible'.

Nótese también que el riesgo de que aquí estamos hablando no es un riesgo creado por la Administración (del que tantas manifestaciones aparecen documentadas en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo: el de organización de festejos populares por las Corporaciones locales, con ocasión y por causa de la celebración de los mismos se producen daños a las personas o a las cosas, es probablemente el más llamativo) sino de un riesgo que pertenece a la naturaleza misma del organismo humano; de modo y manera que pertenece a la naturaleza misma de las cosas el que sea imposible garantizar ese resultado beneficioso para la salud del paciente que éste —y también el personal médico actuante— desea y espera obtener del acto médico a que va a ser sometido.

Insistiendo en la misma idea debemos añadir que es doctrina reiterada tanto de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo (cfr., entre otras, Sentencias de 6 de noviembre de 1990) como de esta Sala 3.ª [cfr. de 3 de octubre de 2000 (recurso de casación 3905/1996) y de 21 de diciembre de 2001 (recurso de casación 10307/1997)] que la actividad médica no es una actividad de resultado, sino de medios, y como en el caso que nos ocupa —tenemos que remitirnos nuevamente a los autos— los informes periciales demuestran perfectamente que se utilizaron todos los medios necesarios, el hecho de que con ocasión —que no por causa— del acto médico se haya derivado ese daño para la paciente, no puede tenerse por daño antijurídico, esto es: daño que la paciente no tenga el deber de soportar.

b) Y en relación con este requisito de la antijuridicidad, debemos decir que para resolver adecuadamente el problema de la naturaleza del daño que con ocasión —y no necesariamente por causa— de una intervención quirúrgica puede derivarse para el paciente hay que partir, no del concepto de funcionamiento normal del servicio sanitario, sino del inciso segundo del artículo 141 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, la cual, en su exposición de motivos advierte que en ese precepto 'se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a indemnización'. Nótese que la matización de que —con expresión jurídicamente ambigua— habla la exposición de motivos ha consistido en remitir al estado de la ciencia y de la técnica como parámetro para determinar si el daño es o no antijurídico. Y claro es que, con ello, y con ese deber de exigir previamente al paciente su consentimiento informado, se está ratificando también la regla que exige que el daño sea antijurídico.

## IX. Responsabilidad Administrativa

La copiosa jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de lo civil, de este Tribunal Supremo, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, ofrece interés para precisar qué deba entenderse por antijuridicidad a estos efectos. Sintetizando al máximo la doctrina de esa Sala, en la medida en que es asumible por el ordenamiento administrativo español sobre responsabilidad extracontractual de la Administración pública por acto sanitario realizado en un establecimiento público sanitario, podríamos decir que el daño debe reputarse antijurídico –y, por tanto, tendría el paciente el deber jurídico de soportarlo– si no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*:

– Sentencia Sala 1.<sup>a</sup>, de lo civil, de 17 de marzo de 1981:

‘(...) y aunque nuestro Código civil, siguiendo al francés (y a diferencia del austríaco, el alemán, el suizo, el italiano y el portugués), no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902, no cabe duda que debe verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían’.

– Sentencia Sala 1.<sup>a</sup> de lo civil, de 11 de marzo de 1991 en la que, con cita de las SS de 7 de febrero 1990 y 29 de junio 1990 y ampliando la síntesis conceptual [sic] que en ellas se hace, se dijo esto:

‘Que se entiende por *lex artis ad hoc* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (...)’.

Y puesto que para apreciar si el daño causado es antijurídico hay que valorar si se respetó la *lex artis* –y más específicamente: la *lex artis ad hoc*– bueno será traer a colación lo que esta Sala 3.<sup>a</sup>, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, tiene también dicho al respecto.

Por ejemplo, en nuestra Sentencia de 17 de mayo de 2004 (recurso de casación 8382/1999), dijimos ya que, aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también pueden tener trascendencia, en orden a una conclusión sobre responsabilidad objetiva o por el resultado. Esta apreciación de si hubo un uso correcto de la técnica, con vistas a tener o no por establecido no sólo la existencia del nexo causal, sino también antijuridicidad es muy delicada, pues la medicina no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos invita a ajustarse a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, lo que

no excluye que puedan existir –y así ocurre frecuentemente– otros métodos que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados, si en el caso concreto se considera que pueden ser más eficaces.

Y no está de más añadir que, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.

Esta misma Sala y sección del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/1997) rechazó que hubiera responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo.

Advertiremos también que, con idéntica orientación, en otras sentencias, por ejemplo, en las de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/1997) se considera que concurren relación de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex artis*, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad.”

Aplicado al caso de autos, considera que no existe prueba alguna de mala *praxis* (aparte de lo cual, apunta un tema de interés, en el que no entra por no haber sido alegado por las partes, y es si la condición de médico del reclamante exime o suaviza el deber de obtener del mismo el consentimiento informado).

La Magistrada Robles Fernández formula un Voto particular. Si bien considera igualmente que es doctrina jurisprudencial consolidada que aunque la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas está configurada como una responsabilidad objetiva, ello no quiere decir que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo a tratamiento terapéutico, para que haya que indemnizar al paciente si resultase algún daño para él, considera que en el caso de autos la sentencia de instancia sí se había pronunciado sobre la incorrección de la *praxis* médica en el caso concreto, al referirse al hecho de haberse empleado una tecnología de alto riesgo, prevista sólo para patologías extremas, ante una patología que no tenía ese carácter extremo, por lo que es evidente que por comportar tantos riesgos como los que podía presentar, era desproporcionada, lo que había sido admitido por la propia inspección del INSALUD y sin embargo el pronunciamiento del Tribunal Supremo silencia. Además, recuerda que no cabe revisar en sede casacional la valoración que de la prueba practicada haya sido realizada por el Tribunal *a quo*, salvo que aquélla hubiera sido irracional, arbitraria, ilógica o vulnerase preceptos relativos a la valoración de la prueba.

## IX. Responsabilidad Administrativa

### B) Accidentes en festejos taurinos y responsabilidad por riesgo: solución por el orden civil

La STS de 29 de septiembre de 2005, Sala de lo Civil, Ar. 7155, resuelve una demanda indemnizatoria por daños sufridos por una persona con ocasión de una suelta de reses bravas. La Sentencia considera que no basta con el cumplimiento de Reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultados positivos, porque de hecho estos daños se han producido, revela su insuficiencia y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia, aplicando la teoría del riesgo.

Traemos aquí esta sentencia para poner de relieve cómo, desde un sistema culpabilista como el civil, se llegan a soluciones similares a las que en estos supuestos ofrece la jurisdicción contencioso-administrativa, que también considera, como sabemos, que siempre basta probar que se cumplió con la legalidad para descartar que se haya producido un funcionamiento anormal. Es más, la Sala de lo Civil va más allá, asumiendo una solución basada en el riesgo que se resuelve en una presunción de culpa cuando se actualiza el daño en este tipo de actividades.

### C) Daños sufridos por un menor interviniendo culpa de la víctima y de terceros y responsabilidad exclusiva de la Administración por omisión de adoptar medidas de seguridad

La STS de 15 de junio de 2005, Ar. 9677, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina. El supuesto del que trae causa es el de un menor de diez años de edad que se introdujo junto con otros compañeros en la zona de carga de baterías de las carretillas eléctricas del Centro de Clasificación Postal sito en una Estación de Ferrocarril y al manipular uno de ellos una de dichas carretillas puso en marcha la misma, quedando aprisionada la pierna derecha del niño contra la barandilla metálica protectora de los cargadores, lo que le produjo lesiones que hicieron precisa la amputación del tercio medio e inferior de dicha pierna. La sentencia de instancia consideró que de ello se infería un comportamiento administrativo omisivo de las adecuadas medidas de seguridad para evitar la producción de dicho acontecimiento, no obstante constar que la propia Administración había advertido el riesgo que existía en el lugar de los hechos, sin que se adoptaran medidas al respecto hasta que efectivamente ocurrió el desgraciado siniestro, reconociendo una indemnización de treinta millones de pesetas. La Administración recurrente pretendía, al menos, una moderación de la cuantía por concurrencia de culpas de la víctima y de terceros. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso, siguiendo así la tendencia que hemos observado en otros números de esta Crónica a extremar el deber de diligencia y a reconocer en caso contrario la responsabilidad exclusiva de la Administración cuando se trata de daños sufridos por menores, incluso en los casos en que la imprudencia de éstos ha contribuido de forma decisiva a su producción.

### 3. ASPECTOS PROCESALES

#### A) Legitimación activa de las organizaciones de consumidores y usuarios para reclamar indemnización por los daños sufridos por los retrasos en los aeropuertos

Destacamos el pronunciamiento de largo alcance y amplia repercusión contenido en la STS de 20 de septiembre de 2005, Ar. 7090, que resuelve un recurso extraordinario de casación en interés de ley, interpuesto por la representación procesal de la Organización de Consumidores y Usuarios, OCU, y de la Organización de Consumidores y Usuarios de Cataluña, OCUC, frente a las resoluciones presuntas relativas a reclamaciones deducidas frente a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) derivadas de los perjuicios de “índole material y moral” sufridos por un grupo de ciudadanos con ocasión de los excesivos retrasos soportados respecto del horario de diversos vuelos en el período comprendido entre el último trimestre de 1998 y septiembre de 1999, peticiones que se basaban en la “incapacidad técnica” para afrontar la situación, en la inexistencia de “medidas administrativas” para instar la racionalización del uso del espacio aéreo, en la “falta de una infraestructura adecuada en el caso del aeropuerto de Barajas”, en los problemas técnicos derivados de la instalación “del nuevo sistema informático de control y navegación” en el referido aeropuerto, y en “una insuficiente plantilla de controladores aéreos” en Barajas y en El Prat. La sentencia de instancia, que admitió su legitimación activa y reconoció el derecho a indemnización, fue impugnada por la Abogacía del Estado.

Como es sabido, el recurso de casación en interés de ley requiere que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule. Ha de excluirse, por fin, la idea de que la finalidad legítima de este remedio procesal sea la de combatir la posible errónea interpretación de un precepto legal por parte de los órganos judiciales inferiores, en tanto que no concurren las circunstancias antes expresadas. El Tribunal Supremo estima que no concurren dichas circunstancias,

“Tanto más cuanto que como razonan también las asociaciones de consumidores recurrentes en la instancia, no existe posibilidad de reiteración de la tesis jurídica aplicada por la Sentencia recurrida que en el fundamento de Derecho tercero les reconoció legitimación para litigar en el supuesto concreto integrando por vía interpretativa los artículos 18 y 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1982, aun pudiendo haber dudas sobre la aplicabilidad directa de este precepto, y ello porque, como señala el Tribunal Supremo, si el recurso se hubiera iniciado vigente la Ley 1/2000, de 7 de enero, supletoriamente aplicable en el proceso Contencioso-Administrativo ninguna duda se hubiera planteado ante la redacción que ofrecen los números 2 y 3 del artículo 11 citado, a los que nos referiremos seguidamente y es que no es posible tampoco olvidar que el cumplimiento de los horarios en el transporte aéreo en este caso su no cumplimiento, constituye una cuestión de interés

## IX. Responsabilidad Administrativa

general para los usuarios del servicio que trasciende del perjuicio que se causa a las personas concretas que lo padecen, de modo que puede ser exigible un compromiso de puntualidad en circunstancias normales a las Compañías que prestan el servicio o, como en este caso, a la Administración que lo gestiona.

Por otra parte, y como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, no cabe hablar de Sentencia que fije una doctrina errónea; a su juicio, y al de la Sala que lo hace suyo, la Sentencia se encuentra en la línea de protección de los consumidores y usuarios que inspira el artículo 51 de la Constitución y recogida por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reconoce la legitimación ante los Juzgados y Tribunales de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para la defensa y promoción de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y en particular la Ley General de Consumidores y Usuarios en el artículo 20.1.

Para comprobar la corrección de la tesis mantenida por la Sentencia basta examinar el contenido del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus números 2 y 3 que disponen que: ‘cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas’.

Los preceptos transcritos no dejan lugar a duda en cuanto a la legitimación de las asociaciones recurrentes para interponer procesos en defensa de los consumidores y usuarios que no sean sus asociados y para reclamar en su nombre la reparación de los perjuicios causados a los mismos como consecuencia de un hecho dañoso.

Esa posibilidad de las asociaciones de consumidores y usuarios de representar y defender en virtud de lo dispuesto por el artículo 20.1 de la Ley 26/1984 a sus asociados y ejercitar las correspondientes acciones en nombre de los mismos así como en defensa de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios fue puesta ya de relieve por esta Sala en la Sentencia de once de diciembre de mil novecientos noventa y uno con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Real Decreto núm. 825/1990, de 22 de junio, regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.

En consecuencia el recurso de casación en interés de Ley planteado ha de desestimarse.”

**B) Legitimación pasiva de la Administración del daño provocado por un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la reserva con su arma particular**

La STS de 30 de noviembre de 2005, Ar. 7839, resuelve un supuesto cuyo iter fáctico y judicial podemos resumir del siguiente modo. Un guardia civil mata de dos disparos a su mujer en el interior de su domicilio conyugal, ubicado en unas viviendas de titularidad de la Guardia Civil. Concurrían las circunstancias de que el agresor estaba en reserva activa, esto es, desligado del Cuerpo en cuanto a factor jerárquico y disciplinario, empleó un arma particular, no reglamentaria, para cuya tenencia había obtenido licencia como cualquier otro ciudadano, previo informe médico favorable, y se encontraba en estado de embriaguez cuando cometió el delito. En la vía penal, se desestimó la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, a la vista de todas estas circunstancias, considerando que “ni el arma se encomendó al acusado para el mejor desempeño de su cometido funcional, ni el hecho tiene la menor conexión con la realización del servicio”, y se condenó, por tanto, tan sólo al acusado al pago de una cantidad en concepto de responsabilidad civil a favor de su propia hija, que hubo de ser tutelada por los servicios sociales autonómicos, y que reclama ahora indemnización por la vía contencioso-administrativa.

La sala de lo contencioso-administrativo parte del relato de hechos probados de la sentencia penal, en la que se entendió acreditado que el recurrente padecía alcoholismo crónico, y considera que dicha circunstancia no podía ser desconocida por los miembros de la Guardia Civil del entorno en el que vivía el matrimonio, y que si bien es cierto que para la obtención de la licencia el homicida presentó certificado médico de aptitud psicofísica, ello no debió excluir, en aplicación de la normativa sobre licencias de armas, la práctica de una información sobre la conducta y antecedentes del solicitante, “con mayor motivo cuando su condición de alcohólico crónico, que no podía ser ignorada, constituía en sí misma una especial peligrosidad que le inhabilitaba para la concesión de la licencia”.

La indemnización solicitada era de 18 millones de pesetas por el fallecimiento de la madre, más 22 millones de pesetas por el desvalimiento de la situación en que la menor recurrente se encontraba al fallecer la madre y resultar privado de libertad su padre, autor del homicidio de aquélla. La jurisdicción penal reconoció una indemnización de unos 22 millones de pesetas, por lo que la Sala da por bueno el quantum solicitado y detrae dicha cantidad para evitar una duplicidad de indemnizaciones.

**C) Tribunal competente para conocer de las reclamaciones por daños sanitarios causados por asistencia sanitaria en un hospital del INSALUD**

La STS de 26 de septiembre de 2005, Ar. 8711, estima un recurso de casación frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se había declarado competente para conocer de una reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa en un hospital del INSALUD. Recurrió frente a ella la Administración, sosteniendo que dicho Tribunal carecía de competencia, siendo la Sala de la Audiencia Nacional la competente toda vez que la resolución correspondía dictarla al Ministro de Sanidad y Consumo. El

## IX. Responsabilidad Administrativa

Tribunal Supremo estima el recurso recordando que el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 establece que “los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone, o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley”. Pues bien:

“En la norma por la que se crea el Instituto Nacional de la Salud, a saber, el Real-Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, y en el artículo 1.2 en relación con el mencionado Instituto se afirma que el mismo se crea “para la administración y gestión de servicios sanitarios”, sin que en el Decreto-Ley haga mención alguna que se refiera a la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial que deriven del funcionamiento normal o anormal del servicio público de salud. En consecuencia resulta de aplicación el artículo 142 de la Ley 30/1992 que encomienda la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial al Ministro respectivo, en este caso, Ministro de Salud y Consumo. En concordancia con lo anterior el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto en su redacción inicial como en la vigente, dispone que ‘La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá: a) En única instancia, de los recursos Contencioso-Administrativos contra disposiciones y actos de los Ministros y Secretarios de Estado que la Ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo’. Del mismo modo la Ley de la Jurisdicción en el artículo 11 dispone que ‘la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: a) de los recursos que se deduzcan en relación con (...) los actos de los Ministros y Secretarios de Estado en general (...)’.”

### **4. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE REGLAMENTOS. PLAN RECTOR DE USO Y GESTIÓN DE UN PARQUE NATURAL QUE ESTABLECE LIMITACIONES AL USO DE LOS TERRENOS POR RAZONES MEDIOAMBIENTALES**

La STS de 1 de julio de 2005, Ar. 9458, tiene como antecedente la limitación de usos de una finca afectada por un Plan Rector de Uso y Gestión de un Parque Nacional en la que se encuentran ubicados, posteriormente objeto de expropiación. Se solicita indemnización por los aprovechamientos no susceptibles de llevarse a cabo tras la aprobación de dicho plan y hasta tanto no se fijó el justiprecio y se consumó la ocupación. El propio plan rector disponía la indemnizabilidad de las limitaciones sobre actividades tradicionales incompatibles con su contenido. El Tribunal Supremo señala que el inicio de expediente expropiatorio tiene lugar con el acuerdo de necesidad de ocupación, como dispone el artículo 21 de la Ley de Expropiación Forzosa. Presentada reclamación patrimonial, la Administración analizó si en efecto existían actividades tradicionales que hayan sido limitadas, limitándose éstas a los aprovechamientos cinegéticos desde el fin del período de veda y consiguiente inicio de la actividad hasta la fecha del acuerdo de necesidad de ocupación. El tribunal de instancia asume esta misma interpretación, considerando, al igual que la Administración, que a partir del acuerdo de necesidad de ocupación, “las indemnizaciones correspondientes a las fincas expropiadas se han de tener en cuenta en el momento de fijar el justiprecio”. El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que, al

tratarse de una expropiación ordinaria, del artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa se deriva que la valoración del justiprecio debe hacerse teniendo en cuenta el valor que tengan tales bienes o derechos al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio y es indudable que en el justiprecio de una finca rústica influye de forma importante el estado de las cosechas pendientes, o lo que es lo mismo de los frutos pendientes de percibir, entre lo que debe contarse la explotación cinegética. Por tanto los frutos o rendimientos de la finca anteriores a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, y de los que se vea privado el propietario por una actuación distinta a la estrictamente expropiatoria, como es el caso, quedan fuera del justiprecio y debe ser indemnizada por otra vía, en este caso la de la responsabilidad patrimonial, por lo que estima en esto el recurso y declara el derecho a la indemnización, no sin precisar qué distinto sería el caso de las expropiaciones urgentes en las que como la ocupación es anterior al inicio del expediente de justiprecio, aun cuando la valoración debe referirse igualmente a la fecha de inicio de dicho expediente, los frutos pendientes incluibles en el justiprecio son los que lo están en la fecha de la ocupación pues a partir de este momento se priva al propietario de su aprovechamiento por efecto directo de la actuación expropiatoria.

#### **5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. FUNCIONAMIENTO ANORMAL CONSISTENTE EN DILACIONES EXCESIVAS**

La STS de 12 de julio de 2005, Ar. 5123, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina y declara la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El supuesto de hecho es el de un Secretario municipal al que su Colegio profesional le impone una sanción disciplinaria de amonestación escrita. Alega que padeció una considerable dilación en la tramitación del recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia de una Audiencia Territorial de 1988, que por lo demás ya anuló dicha sanción, y que no fue resuelto por el Tribunal Supremo hasta 1997, dándole de nuevo la razón. Ante las dilaciones acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que en una sentencia de 2000 admitió que se había producido una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, si bien constató que la demanda de amparo carecía de viabilidad al haberse presentado la demanda una vez concluido el proceso. El tribunal de instancia consideró que la reclamación había sido presentada fuera de plazo, ya que, no siendo precisa la previa demanda de amparo para obtener indemnización por dilaciones indebidas, el plazo para hacerlo comenzó a computar desde la fecha en que el Tribunal Supremo dictó su sentencia. Además, no consideró acreditada la existencia de daños morales. Se aporta como sentencia de contraste la SAN de 28 de marzo de 2001.

El Tribunal Supremo parte de la aceptación de la existencia de dilaciones indebidas carentes de justificación, como hizo el Consejo General del Poder Judicial en el informe que emitió en su momento, en el que expuso que ni la complejidad del asunto, ni el número de sujetos y partes procesales, ni las incidencias procesales suscitadas al tribunal o la conducta de las partes, justificaban la demora total en la resolución del recurso de apelación, que resultaba fundamentalmente, por una parte, del largo peregrinaje del

## IX. Responsabilidad Administrativa

recurso por prácticamente todas las Secciones de la Sala Tercera hasta volver a la Sección de la que partió que dictó finalmente Sentencia y, en segundo lugar, del dato de que el procedimiento hubiera experimentado largas y dilatadas etapas de paralización en modo alguno justificables. A partir de dicha constatación, analiza si esas dilaciones “producen el daño alegado que habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” como dispone el artículo 292.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, y frente a la sentencia de instancia, considera, al igual que la sentencia de contraste, que la dilación sí genera un daño indemnizable, aunque las especiales circunstancias del caso hagan que esa demora no produjese al recurrente un daño moral grave que le afectase profesionalmente de un modo especial, pero pese a eso estima que esa demora constituye un daño antijurídico que el recurrente no estaba obligado a soportar y debe indemnizarse ya que constituye un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que valora en cuatro mil euros.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Acceso al empleo público.** A) La fecha relevante para el cómputo de plazos de la convocatoria es la de su publicación en el BOE. B) Los méritos valorables han de ser aportados en el plazo previsto en las convocatorias, sin derecho a subsanar el defecto.

C) La discrecionalidad técnica no alcanza al punto de aprobar a un opositor que se abstiene de responder a uno de los temas preceptivos. D) Plazo de cumplimiento de los requisitos de titulación exigidos por la convocatoria. E) La aplicación por el tribunal de fórmulas correctoras sólo es lícita si se aplican por igual a todos los opositores.

F) La exclusión en una convocatoria del título de Diplomado en Gestión y Administración Pública puede suponer una violación del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas. **2. Provisión de puestos de trabajo.** A) El nombramiento para un destino de libre designación es un acto discrecional que se basa simplemente en la confianza.

**3. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical. a) La denegación al funcionario liberado sindical del pase a segunda actividad puede esconder un comportamiento antisindical de la Administración. b) La falta de reconocimiento del complemento de productividad al funcionario liberado sindical constituye una vulneración de sus derechos sindicales. B) Negociación colectiva: La modificación del catálogo de puestos de trabajo es un instrumento de ordenación del personal sometido únicamente al deber de consulta. C) Consulta a las organizaciones sindicales. Sólo es obligada si las potestades organizativas repercuten en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

**4. Derechos laborales. Vacaciones: el funcionario debe comunicar a la Administración las fechas en que se pretenden disfrutar antes de que acabe el año natural.** **5. Derechos económicos.**

A) Topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los funcionarios autonómicos. B) Trienios. Los devengados a lo largo de una vida funcional deben ser abonados de conformidad con el valor de los servicios prestados durante la misma. C) Indemnizaciones por razón del servicio. Es lícita su regulación reglamentaria. **6. Situaciones administrativas. La suspensión de funciones como medida cautelar**

**es una situación administrativa y no está sujeta a los principios del derecho administrativo sancionador. 7. Régimen disciplinario. Obligación de iniciar el procedimiento, a solicitud de los perjudicados. 8. Extinción de la relación funcional.** A) La extinción de la relación funcional como consecuencia de la inhabilitación especial no es una sanción disciplinaria. B) Competencia para la rehabilitación de funcionarios en caso de traspaso de servicios a la Comunidad Autónoma.

## 1. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

### A) La fecha relevante para el cómputo de plazos de la convocatoria es la de publicación en el BOE

La STS de 31 de marzo de 2006, Ar. 2049, resuelve un litigio que tiene su causa en la diferencia temporal que se produjo entre la publicación de la convocatoria de unas pruebas selectivas en el BOE y su tardía publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA). El solicitante presentó su solicitud guiándose por el plazo de veinte días al que hacía referencia la publicación de la convocatoria en el BOJA y fue inadmitido por la Universidad de Sevilla al considerar su solicitud extemporánea. El solicitante recurrió y el TSJ de Andalucía estimó su pretensión por considerar que la tardía inclusión de la convocatoria en el BOJA revelaba una evidente falta de coordinación que, aunque no era imputable a la Universidad porque la había remitido al mismo tiempo a ambas publicaciones oficiales, no podía traducirse en un perjuicio para el solicitante. En caso contrario, además, la segunda publicación en el boletín autonómico se convertiría en un requisito inútil.

Aun reconociendo estos hechos, el TS casa esta sentencia por razones de seguridad jurídica al considerar que estos razonamientos no deben llevar a reabrir un plazo ya expirado. Se apoya en su argumentación en que la propia convocatoria establecía el plazo de veinte días para la presentación de las solicitudes “a contar desde su publicación en el BOE”, en línea, pues, con lo previsto en el Real Decreto 364/1995, ya que es esta previsión concretamente la que permite aportar la necesaria certeza al procedimiento selectivo y a quienes participan en él. A mayor abundamiento, recuerda la Sala que las bases no habían sido impugnadas por el recurrente, por lo que le vinculaban en todos sus extremos.

### B) Los méritos valorables han de ser aportados en el plazo previsto en las convocatorias, sin derecho a subsanar el defecto

La STS de 11 de mayo de 2006, Ar. 2258, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la recurrente en cuanto a la valoración de pruebas y méritos que había realizado la comisión calificadora. Entre otros aspectos, discrepaba por entender que sus méritos

## X. Función Pública

y algunos de los cursos invocados no habían sido baremados. Al respecto, y confirmando la argumentación realizada por la sentencia de instancia, sostiene la Sala que el primer requisito para la valoración de los cursos y demás méritos es que se justifiquen en la forma y tiempo exigidos, lo que no llevó a cabo la recurrente. Aunque la recurrente había alegado el carácter subsanable del defecto, la Sala no comparte dicho criterio, toda vez que la propia convocatoria exige que los aspirantes acompañen con la solicitud toda la documentación justificativa de sus méritos, bajo la prevención de que sólo se tomarán en consideración los méritos así justificados durante el plazo de presentación de instancias. En este caso, el principio de igualdad y la vinculación a las bases impide a la Administración habilitar plazos extraordinarios.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2006, Ar. 133305, parece haber llegado a una solución diferente ante las circunstancias concretas del caso. En concreto, ha adoptado la interpretación más favorable para el recurrente ante la decisiva duda suscitada acerca de la valoración de los méritos. En este caso, la recurrente había impugnado la baremación de que había sido objeto porque no había sido valorado su expediente académico, toda vez que, según la Administración, no había sido aportado en plazo. Se daba, no obstante, la circunstancia de que la Administración no había aportado la correspondiente copia del expediente una vez solicitado por el Tribunal, lo que lleva finalmente a la Sala a decidir a favor de la opositora. Otro caso hubiera sido, según la Sala, si en el expediente hubiera indicios de que la postura de la Administración era correcta, pero, ni hay ninguna documentación de la que se supone sí fue adjuntada con la instancia, ni la Administración intenta siquiera defender que el expediente académico no fuera enviado por la recurrente junto a su instancia.

### **C) La discrecionalidad técnica no alcanza al punto de aprobar a un opositor que se abstiene de responder a uno de los temas preceptivos**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2006, Ar. 110775, ha estimado el recurso interpuesto por el recurrente con motivo de la valoración de las pruebas de acceso a la función pública realizada por el tribunal seleccionador, que había valorado con la máxima puntuación a uno de los opositores que no había contestado a uno de los tres temas que, según la convocatoria, resultaban preceptivos.

Afirma la sentencia que el principio de la intangibilidad del ejercicio de la discrecionalidad técnica no se puede utilizar para infringir las bases que regulan la oposición. En efecto, las bases habían establecido que el segundo ejercicio consistiría en la exposición escrita de tres temas, escogidos al azar, cada uno de los cuales debería obtener una puntuación mínima de tres puntos sobre diez (base 7.1.1., 2ª). Pues bien, si esto es así, “no está en la mano del Tribunal, que está sometido a las Bases, el admitir que alguno de los opositores omita la respuesta a cualquiera de los temas. La debida respuesta a cada uno de los temas es algo que deriva como exigencia ineludible de las bases, y la discrecionalidad técnica no alcanza al punto de aprobar a un opositor (por cierto, con la nota más alta) que se abstiene de responder a alguno de ellos”. La discrecionalidad técnica del Tribunal no permite que supere la prueba quien no responda a uno de los temas propuestos, pues ello, aparte de arbitrario, supone una directa vulneración de las bases.

**D) Plazo de cumplimiento de los requisitos de titulación exigidos por la convocatoria**

La STS de 27 de marzo de 2006, Ar. 1679, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que había estimado las pretensiones del recurrente. En este caso, la recurrente no había sido nombrada como funcionaria en prácticas por la Administración al estimar que no cumplía todos los requisitos de titulación en el momento de finalización del plazo de presentación de instancias. Se daba, no obstante, la circunstancia de que, por una parte, la base 2.2 de la convocatoria permitía también en dicha fecha “estar en condiciones de obtener el título” y, por otra, al finalizar el plazo de presentación de solicitudes la recurrente, no sólo reunía el requisito de titulación expedido por una Universidad alemana, sino que además tenía solicitada la homologación al título español de Licenciado en Filología alemana. Además de las amplias posibilidades que contemplaba la base 2.2 de la convocatoria, la Audiencia Nacional primero, y después el Tribunal Supremo, tienen especialmente en cuenta que la Administración del Estado incurrió en una considerable tardanza al resolver la solicitud de homologación, ya que en la fecha de finalización del plazo de presentación de las instancias, hacía más de un año y medio que la recurrente lo había solicitado.

**E) La aplicación por el tribunal de fórmulas correctoras sólo es lícita si se aplican por igual a todos los opositores**

La STS de 22 de marzo de 2006, Ar. 1594, se ha vuelto a pronunciar sobre la licitud del empleo en la valoración de los ejercicios de oposición de fórmulas correctoras no previstas inicialmente en la convocatoria. Conforme a su consolidada jurisprudencia, sólo se admite el uso de dichas fórmulas cuando las mismas se apliquen por igual a todos los candidatos y no supongan una distorsión del resultado al que conduciría el sistema de valoración previsto en las bases de la convocatoria. Estas consideraciones le permiten anular la actuación del tribunal calificador en la medida en que al utilizar dicha fórmula correctiva asignó al recurrente una calificación inferior a la que le correspondía. En este caso, considera el TS que la incidencia de dicha fórmula en el resultado final de la oposición es diferente del que habrían tenido las puntuaciones reales, lo que perjudicó en este caso concreto al recurrente y le impidió superar el ejercicio.

**F) La exclusión en una convocatoria del título de Diplomado en Gestión y Administración Pública puede suponer una violación del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas**

La STS de 22 de marzo de 2006, Ar. 1940, ha confirmado y complementado la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada acerca de lógica a que ha de obedecer el establecimiento de los requisitos de titulación en las convocatorias. La impugnación se produjo debido a que las bases de la convocatoria de las pruebas selectivas para el acceso a la Subescala de Secretaría Intervención exigía “haber superado los tres primeros Cursos de las Licenciaturas de Derecho, Ciencias Políticas y Sociología, o Económicas y Empresariales” y no contemplaba expresamente la titulación de Diplomado en Gestión y Administración Pública. La Audiencia Nacional estimó la pretensión del recurrente, diplomado en esta

## X. Función Pública

carrera, de ser admitido a dichas pruebas. Esta misma doctrina es ahora confirmada por el Tribunal Supremo y ampliada en el sentido de considerar que, en primer lugar, no es lógico excluir a una Diplomatura cuyas directrices propias disponen para dicho título unas enseñanzas directamente relacionadas con el cometido profesional de las plazas funcionariales objeto de la convocatoria litigiosa. En segundo lugar, porque la suficiencia de la Diplomatura está amparada y ratificada por criterios de importante solvencia técnica, como los representados por el Defensor del Pueblo, el Congreso de los Diputados y el propio Ministerio de las Administraciones Públicas. Y, en tercer lugar, porque la inclusión de un título de Diplomado Universitario, si se compara éste con el mero hecho de haber cursado sólo determinados cursos de una carrera, es más coherente con el esquema de la actual regulación universitaria, en la medida en que ya comporta el reconocimiento oficial de la aptitud profesional correspondiente a los estudios del título obtenido.

### 2. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

#### **A) El nombramiento para un destino de libre designación es un acto discrecional que se basa simplemente en la confianza**

La SAN de 9 de mayo de 2006, Ar. 158614, ha desestimado el recurso interpuesto por el recurrente y reiterado su consolidada doctrina acerca del cese en los nombramientos efectuados por libre designación. El Ministro de Defensa había dispuesto el cese del Teniente General del Cuerpo General del Ejército del Aire y dicho cese fue recurrido por el afectado por considerar que con él se trataba de sancionar su actuación con ocasión del accidente del YAK 42, ya que la sanción disciplinaria no era posible por haber prescrito la acción. La Audiencia, sin embargo, desestima las pretensiones del recurrente en virtud precisamente de la forma de provisión de ese concreto puesto. Recuerda la Sala que “el nombramiento para un destino de libre designación constituye un acto discrecional, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona confianza para ello”. De la misma manera que no es exigible que en el momento del nombramiento la persona que efectúa el mismo justifique la valoración subjetiva que le lleva a la elección del adjudicatario entre los distintos aspirantes, tampoco es exigible la justificación de la misma valoración en el momento del cese, constituyendo causa del mismo la mera existencia de tal desconfianza. Ello no supone que el cese en un puesto de libre designación no sea susceptible de control jurisdiccional, sino que éste viene limitado al control de los elementos reglados. En este caso la resolución de cese se ha realizado por la autoridad competente, que es el Ministro de Defensa, y lleva implícita la razón del mismo sin que pueda entrar la Sala a valorar el juicio de valor emitido por la autoridad que ha dictado dicha resolución, al tratarse de una facultad discrecional. “La consideración de no idóneo que ha recibido el actor, es simplemente su cese por motivos de la misma libre decisión que aplicó la autoridad que le nombró en su día. A ello no obsta el hecho de que al interesado no se le haya impuesto sanción alguna, ya que la falta de idoneidad como causa de cese no es una particular descalificación del recurrente sino que es la constatación de que a partir de ese momento la autoridad competente considera que no concurren las circunstancias subjetivas suficientes para depositar en dicha persona su

confianza para el desempeño de su cargo, siendo ello motivación suficiente para el cese en un puesto de libre designación”.

### 3. DERECHOS COLECTIVOS

#### A) Libertad sindical

##### a) La denegación al funcionario liberado sindical del pase a segunda actividad puede esconder un comportamiento antisindical de la Administración

La STC 144/2006, de 8 de mayo, ha otorgado el amparo solicitado al funcionario recurrente por violación de su derecho a la libertad sindical. El demandante, que llevaba varios años liberado de servicio a tiempo total por asuntos sindicales, había solicitado a la Administración un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, que le fue denegado alegando su falta de idoneidad para su desempeño. El recurrente, sin embargo, alegó que dicha denegación se debió exclusivamente a su condición de liberado sindical. También estimó lesionado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (artículo 23.2 CE), al haberle conferido la Administración un trato discriminatorio respecto del resto de los funcionarios que habían presentado la misma solicitud y a quienes se les había sometido a la correspondiente hoja/cuestionario para acreditar su aptitud y sus conocimientos para el desempeño del puesto. Esta circunstancia es tenida en cuenta de forma concluyente para el otorgamiento de amparo, junto con un informe que había sido emitido por un superior en el que se hacía especial referencia a la condición de liberado sindical del demandante y al desempeño de su cargo como secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía. En el mismo se afirmaba que precisamente por tal circunstancia “el Jefe Superior que suscribe desconoce la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea”, y para concluir que, “además, se presume con lógica que lo que el peticionario desea es continuar como liberado sindical, pero con un puesto de trabajo en Segunda Actividad, motivo por el cual, el Jefe Superior que suscribe no informa favorablemente la solicitud realizada”. Ante tales indicios y ante la falta de argumentación suficiente de la decisión administrativa se otorga el amparo solicitado.

##### b) La falta de reconocimiento del complemento de productividad al funcionario liberado sindical constituye una vulneración de sus derechos sindicales

La STC 151/2006, de 22 de mayo, ha otorgado el amparo solicitado por el funcionario recurrente por violación de su derecho a la libertad sindical. El recurrente en amparo fue funcionario de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha hasta que se jubiló en 1999. De 1990 a 1999 fue liberado sindical. Tras su jubilación solicitó de la Administración que se le concediera el complemento de productividad en los ejercicios anteriores a 1998, pues a partir de esa fecha, en virtud de los acuerdos Administración-sindicatos que establecieron la denominada “productividad fija”, al recurrente se le había abonado el mencionado complemento, y que se

## X. Función Pública

fijara conforme a ello una nueva cuantía de la prestación de jubilación en su favor. Tanto en vía administrativa como en vía contenciosa fue desestimada su pretensión al entender que el complemento de productividad se encontraba unido al puesto de trabajo que el funcionario venía desempeñando antes de pasar a la situación de liberado sindical”, pero “en el caso de autos no es posible concluir que el puesto del recurrente tuviera asignado el complemento, sino que tal complemento se lo habría ganado, en su caso, el interesado, o no, mediante la consecución de objetivos y el especial interés o dedicación que hubiera demostrado en el desempeño concreto del puesto de trabajo”.

El TC reconoce el amparo por entender que la solución judicial podía provocar un efecto disuasorio de la dedicación al desarrollo de tareas sindicales, dado que esta actuación determinaría la imposibilidad de cumplir los requisitos a los que las normas reguladoras del complemento de productividad vinculan la obtención de este concepto retributivo. “El funcionario que en el ámbito de sus decisiones vitales y, en concreto, profesionales otorgara un valor determinante a la percepción de ese complemento como medio de obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia, optaría por no dedicarse a la actividad sindical como liberado. Así pues, aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del artículo 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que “percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias” (STC 173/2001, de 26 de julio, FJ 6º), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica “un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo” (STC 92/2005, de 18 de abril, FJ 5º)”.

### **B) Negociación colectiva. La modificación del catálogo de puestos de trabajo es un instrumento de ordenación del personal sometido únicamente al deber de consulta**

En la presente sentencia se discutía si la exclusión del sindicato recurrente de la ponencia encargada de elaborar el catálogo de puestos de trabajo, fundada en el hecho de que no firmó el convenio que la creó, vulneró su derecho a la libertad sindical. Así lo consideró inicialmente la STSJ del País Vasco, que anuló el Decreto del Gobierno Vasco por el que se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de los departamentos y organismos autónomos de la Administración de las Comunidades Autónomas. Aunque las relaciones de puestos de trabajo se refieren al personal laboral, el TS entiende del asunto como una cuestión prejudicial y aplica para la resolución del esquema las normas funcionariales, lo que le permite anular la sentencia de instancia.

Efectivamente, parte la STS de 13 de marzo de 2006, Ar. 1110, de que el artículo 34 de la Ley 9/1987 excluye de la negociación colectiva las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. A propósito de ellas solamente reconoce a los sindicatos un derecho de consulta cuando puedan tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo. Este esquema es trasladable a los casos en que los puestos de la relación son de carácter laboral, no sólo porque sigue actuando la Administración, sino también porque se le han de reconocer los poderes de dirección propios del empresario

y porque no tienen por objeto la regulación de las condiciones de trabajo. A partir de este esquema, la exclusión del sindicato recurrente de la Comisión Técnica negociadora del convenio no supone una vulneración de su derecho de sindicación. “En la medida en que esto es así, adquiere un sentido distinto al que le confiere la Sentencia de instancia la limitación de la composición de la Comisión Técnica a las partes signatarias del Convenio. En efecto, en tanto no se trata de negociación colectiva, pues no se están estableciendo las condiciones de trabajo, sino de otra cosa distinta, no cabe trasladar a lo que no es sino un instrumento de ordenación del personal reglas y principios que han de jugar cuando se trata de establecer o modificar las condiciones laborales”.

**C) Consulta a las organizaciones sindicales. Sólo es obligada si las potestades organizativas repercuten en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos**

En la STS de 22 de mayo de 2006, Ar. 2373, se discutía si la elaboración de un “manual de gestión de ausencias laborales” para el personal del Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos del País Vasco debía ser objeto de negociación colectiva o, al menos, de haber sido sometido a consulta previa a los sindicatos. Ambas posibilidades son excluidas por el Tribunal debido a que el manual tiene un contenido meramente instrumental, ya que está destinado a su articulación a través de una aplicación informática para el control y gestión del absentismo laboral; se trata así de un instrumento dictado en el ejercicio de la potestad organizativa de la Administración, y, por tanto, su aprobación queda excluida de la obligatoriedad de negociación colectiva, sin que tampoco quepa considerar exigible la previa consulta conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 34 de la Ley 9/1987, pues ello sólo procede cuando las decisiones adoptadas en el ámbito organizativo “puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.

**4. DERECHOS LABORALES. VACACIONES. EL FUNCIONARIO DEBE COMUNICAR A LA ADMINISTRACIÓN LAS FECHAS EN QUE SE PRETENDEN DISFRUTAR ANTES DE QUE ACABE EL AÑO NATURAL**

La STS de 24 de mayo de 2006, Ar. 2377, ha anulado la STSJ de Cataluña que había extendido los efectos de una sentencia a la funcionaria recurrente. Considera el Tribunal que en el presente caso no existía la identidad de situaciones jurídicas necesarias para proceder a la extensión de efectos de la sentencia puesto que, a diferencia de lo que sucede en el caso de la funcionaria favorecida por la sentencia, que había solicitado oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año 1996 antes de que el mismo concluyera, en el caso de la funcionaria solicitante de la extensión de efectos no hay constancia de que haya solicitado en ningún momento a la Administración el disfrute de las vacaciones anuales correspondientes a 1997. El carácter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que las

mismas se refiere, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente, tal como se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

### 5. DERECHOS ECONÓMICOS

#### A) Topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los funcionarios autonómicos

Durante el período tomado como referencia para la elaboración de estas crónicas se han dictado varias sentencias, provenientes de distintos órganos judiciales, que convergen al admitir la práctica de la fijación de límites retributivos en las normas presupuestarias estatales. Así, por ejemplo, la **STS de 27 de abril de 2006**, Ar. 2141, ha confirmado la anulación de diversos preceptos del Decreto 148/1996, de 18 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo para el año 1996 del personal funcionario al servicio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la medida en que no respeta el límite máximo de incremento retributivo fijado por las normas presupuestarias estatales para ese año, al fijarlo en el 3,5 por 100. En su argumentación se hace eco de la inconcusa doctrina del Tribunal Constitucional fijada respecto a los topes máximos salariales, entre las más recientes, de las SSTC 130/1999, de 1 de julio, 234/1999, de 16 de diciembre y 32/2000, de 3 de febrero. Y ello porque la fijación de dichos topes es “una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público. Por ello, esa decisión, coyuntural y de eficacia temporal limitada, resulta constitucionalmente justificada en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público. El establecimiento de esos techos salariales, que encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general del artículo 149.1.13 CE, persigue la consecución de la estabilidad económica, objetivo macroeconómico auspiciado por el artículo 40.1 CE, a lo que indiscutiblemente puede contribuir la gradual recuperación del equilibrio presupuestario. Consecuentemente, desde la perspectiva competencial es irreprochable que el Estado plasme esta decisión en las Leyes de Presupuestos, habida cuenta de que éstas, lejos de ceñirse a ser un mero conjunto de previsiones contables, representan ‘un vehículo de dirección y orientación de la política económica’ general”.

En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTC 195/2006, de 22 de junio y 148/2006, de 9 de mayo**, al declarar en esta última la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/1997, de 31 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 1997, por suponer un incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra que excedía de la congelación salarial prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese año. En este caso se introducía además un elemento nuevo a considerar, toda vez que la Comunidad Navarra alegaba básicamente que no podía estar vinculada con la misma intensidad que las restantes Comunidades Autónomas a los límites retributivos impuestos por el Estado sin vulnerar las competencias reconocidas por la LORAFNA respecto al régimen estatutario de sus funcionarios públicos [artículo 49.1.b)], la autonomía financiera derivada del convenio

económico entre Navarra y el Estado (artículo 45) y las relaciones entre la Administración Foral y la del Estado (artículo 64). El Tribunal, no obstante, descarta la posibilidad de permitir dicha flexibilización para una concreta Comunidad Autónoma a partir de la autonomía financiera reconocida en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y relacionada con sus derechos históricos, en la medida en que el convenio económico tiene un contenido esencialmente tributario, sin que en sus diversas versiones vigentes desde la entrada en vigor de la Constitución se hayan previsto normas especiales relativas a su autonomía de gasto.

**B) Trienios. Los devengados a lo largo de una vida funcional deben ser abonados de conformidad con el valor de los servicios prestados durante la misma**

La STS de 27 de abril de 2006, Ar. 2141, ha confirmado la anulación que ya había realizado la Sentencia de instancia de determinados preceptos del Decreto 148/1996, de 18 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo para el año 1996 del personal funcionario al servicio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, relativo al régimen de los trienios.

Dicho Decreto había previsto que cuando el funcionario accediera a un cuerpo correspondiente de titulación superior al anterior percibiría la antigüedad en la cuantía asignada al nuevo grupo de titulación. Según esta Sentencia, la normativa legal impone que los trienios se devenguen en la cuantía correspondiente al grupo en que se hayan perfeccionado, según se desprende claramente del párrafo 3º del artículo 23.2 de la Ley 30/1984. Según dispone este precepto, cuando un funcionario cambie de adscripción a un grupo antes de completar un trienio, la fracción del tiempo transcurrido se considera como tiempo de servicios prestados en el nuevo grupo, dado que si todos los servicios consolidados se devengarán en relación con el nuevo grupo, esta concreción sería innecesaria. El debate se había producido porque el Gobierno Vasco entendía que este precepto no tenía carácter de norma básica, sino que se trataba simplemente de una interpretación de una norma básica. El TS aclara que precisamente “esta labor es la que corresponde a los Tribunales, y en particular a éste, como intérprete supremo del ordenamiento jurídico, y aun cuando es posible que el legislador opte entre distintas alternativas, lo cierto es que es razonable que los trienios devengados a lo largo de una vida funcional sean abonados de conformidad con el valor de los servicios prestados durante la misma, pues en otro caso podrían crearse situaciones discriminatorias en relación con funcionarios que, teniendo la misma antigüedad que otros que podrían haber saltado de grupo al final de su carrera, sin embargo verían que la antigüedad de éstos era sobrevalorada, afectando a un período en el que ejercieron la misma función, en el mismo grupo administrativo”.

**C) Indemnizaciones por razón del servicio. Es lícita su regulación reglamentaria**

La STS de 7 de abril de 2006, Ar. 2086, desestima el recurso planteado por el funcionario recurrente y en el que se debate sobre la posibilidad de que un reglamento pueda

## X. Función Pública

desarrollar el régimen de las indemnizaciones estableciendo situaciones diferentes en virtud meramente de la forma de acceso. El problema se plantea en este caso a raíz del nombramiento del recurrente como funcionario en prácticas por el sistema libre, lo que exige su traslado desde Barcelona a Madrid. Solicita una indemnización por razón del servicio derivada de su residencia eventual en esta ciudad que le es denegada, toda vez que el artículo 7 del RD 462/2002 sólo se refiere a los funcionarios en prácticas que acceden por promoción interna.

Entre otros aspectos se impugna la vulneración del principio de igualdad que supone establecer una comparación entre quien accede a la función pública por el turno libre y quien ingresa en virtud de una promoción interna. La Sala realiza su argumentación a través de la distinción entre el régimen jurídico de las retribuciones y el de las indemnizaciones. Que unas y otras se concreten en remuneraciones dinerarias no significa que tengan la misma naturaleza. De hecho, la Ley 30/1984 las trata de manera diferente pues regula con detalle las primeras y se limita a prever las segundas, defiriendo al reglamento su régimen jurídico. Ahora bien, “que el artículo 23.4 de este texto legal no haga precisión adicional alguna sobre las indemnizaciones por razón del servicio no quiere decir que el reglamento no pueda singularizar los casos en que los funcionarios pueden percibir dichas indemnizaciones. Y, en especial, que no pueda prever la posibilidad de que las perciban por asistir a cursos selectivos para el ingreso a Cuerpos o Escalas los que hubieren superado pruebas de promoción interna. Esta previsión no contraría el principio de reserva de ley, pues está cubierta por la habilitación concedida por el artículo 23.4 de la Ley 30/1984. Y no carece de justificación porque, ciertamente, se trata de una medida que coadyuva a la promoción interna. No parece dudoso que no sea la misma la situación de quien accede a un Cuerpo o Escala por el turno libre, dejando voluntariamente al margen su condición de funcionario, y la de quien lo hace por los cauces especialmente previstos para que, quien ya pertenece a la función pública, ascienda en la carrera administrativa”.

### **6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES COMO MEDIDA CAUTELAR ES UNA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA Y NO ESTÁ SUJETA A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

La Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo de 9 de febrero de 2006, Ar. 291, afirma que la situación de suspensión de funciones es una de las diversas situaciones administrativas que se prevén para los militares profesionales (en el supuesto guardias civiles) en la normativa. Puede acordarse por el Ministro de Defensa como consecuencia de procesamiento, inculpación o adopción de medida cautelar en procedimiento penal o por la incoación de expediente gubernativo y en función de la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera a las Fuerzas de Seguridad o la alarma social producida. No se trata de una sanción disciplinaria, por lo que no son de aplicación los principios, normas y procedimientos previstos para las mismas. Se trata de una medida de naturaleza cautelar que

ha de adoptarse, si el Ministro lo considera oportuno, simplemente por la constatación de que existe el presupuesto de hecho y la concurrencia de las circunstancias contempladas en el precepto. En el presente caso, la Sala confirma la legalidad del pase a la situación de suspensión de funciones, pues los afectados habían sido objeto de un expediente gubernativo por falta muy grave consistente en conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la institución, así como por abuso de sus atribuciones y prácticas de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentran bajo su custodia.

### **7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. OBLIGACIÓN DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO, A SOLICITUD DE LOS PERJUDICADOS**

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (Sevilla) de 20 de enero de 2006, Ar.83546, resuelve el recurso interpuesto contra la denegación por silencio de la solicitud formulada por el recurrente para la incoación de expediente disciplinario por falta de resolución expresa del recurso de reposición formulado por el mismo. El vehículo del actor fue retirado por la grúa tras ser denunciado por estacionar obstaculizando gravemente la circulación, lo que le obligó a pagar la tasa correspondiente para que le devolvieran el mismo. El actor recurrió en reposición la liquidación practicada sin que se le respondiera en plazo. Ante el silencio de la Administración, solicitó al Ayuntamiento que procediese a identificar a los funcionarios o autoridades responsables de no haber respondido a su recurso de reposición y que se depurase la responsabilidad disciplinaria en que hubieran incurrido. La Administración no respondió tampoco de forma expresa a esta solicitud.

El Juzgado recuerda que “el silencio y las resoluciones tardías de la Administración no pueden tomarse como algo ‘normal’ (en el sentido de ajustado a la norma) en el quehacer administrativo”, pues constituyen una patología o mala *praxis* censurable y frente a la cual la propia LRJPAC establece medidas como la responsabilidad directa de los responsables de la tramitación de los procedimientos, previendo, más concretamente, que el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria. En consecuencia, “no cabe (...) eludir la incoación del oportuno expediente depurativo de la responsabilidad instado por la parte actora; con independencia de lo que allí se decida en cuanto a la individualización de la responsabilidad y a la existencia de la misma”. El Juzgado estima, por tanto, la demanda interpuesta y ordena al Ayuntamiento de Sevilla la incoación e instrucción del procedimiento de depuración de responsabilidad disciplinaria solicitado por la actora. Además, condena a la Administración al pago de todas las costas causadas, pues considera que “la obligación de la Administración de responder en plazo y el deber (...) de depurar las responsabilidades por el incumplimiento de dicha obligación, están tan claramente determinadas en la Ley que convierten en temeraria la oposición del Ayuntamiento a la pretensión de la actora”. El Juzgado tiene además en cuenta que el derecho que se restaura no tiene contenido económico y que “si en casos

## X. Función Pública

como el presente, sin valor económico alguno, en el que tiene que ser el ciudadano quien recuerde a la Administración a través de los tribunales que tiene que cumplir la Ley, no impusiéramos las costas a la Administración, el éxito de la acción quedaría frustrado y se disuadiría a los administrados de efectuar un control sobre la legalidad de los actos y omisiones de la Administración”. En definitiva, “quedaría (...) peligrosamente en manos exclusivamente de la Administración la decisión de depurar o no las responsabilidades de sus funcionarios y autoridades, sin control por el administrado”.

### 8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

#### A) La extinción de la relación funcional como consecuencia de la inhabilitación especial no es una sanción disciplinaria

La STS(3) de 10 de abril de 2006, Ar. 1841, reitera la doctrina conforme a la cual la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación especial no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino que opera como una condición resolutoria que impide la continuación de la relación funcional tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la ley, que es la imposición de la sanción penal. Por ello, no es preciso realizar ninguna ponderación sobre la procedencia o la proporcionalidad de la medida en función de las circunstancias concurrentes en el caso. Es la propia norma la que realiza el juicio de ponderación sin que la legislación confiera a la Administración margen alguno de apreciación en cuanto a la oportunidad o procedencia de la medida en atención a las circunstancias del caso. La Administración ha de limitarse a constatar que la sentencia penal condenatoria es firme y que la inhabilitación especial impuesta en vía penal se refiere al ejercicio de funciones correspondientes al puesto de trabajo o empleo relacionado con la condición de funcionario de cuya pérdida se trata.

#### B) Competencia para la rehabilitación de funcionarios en caso de traspaso de servicios a la Comunidad Autónoma

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 2006, Ar.311, anula la resolución de la Delegación del Gobierno en Castilla-La Mancha que rehabilitaba a una funcionaria que se había jubilado por incapacidad permanente antes de que se produjera el traspaso de servicios a la Administración autonómica. La Sala entiende que aunque evidentemente la funcionaria no fue traspasada, pues había perdido la condición de funcionaria dos años antes de que tuviera lugar la transferencia, es erróneo entender que conforme al artículo 3.1 del Real Decreto 2669/1998, que regula el procedimiento de rehabilitación, corresponda a la Administración del Estado resolver sobre la rehabilitación, puesto que la Disposición Adicional Segunda del mismo Real Decreto dispone que “en el caso de funcionarios que hubieran desempeñado puestos de trabajo en servicios que hubieran sido objeto de traspaso a Comunidades Autónomas, la solicitud de rehabilitación del interesado se dirigirá al

órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma a la que hubieran sido traspasados los correspondientes servicios”. La Sala afirma que esta previsión ha de entenderse aplicable también a los casos como el presente en que la funcionaria no fue efectivamente traspasada por haberse extinguido con anterioridad su relación funcional, pues la igualdad y coherencia con el resto de los funcionarios que en su día fueron traspasados hace que ésta sea la solución más adecuada. En consecuencia, impone a la Administración autonómica la obligación de resolver sobre la rehabilitación de la apelante nombrándola funcionaria de la misma en los términos que procedan.

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ  
EVA DESDENTADO DAROCA  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico.** A) Nulidad del cambio de ancho de una calle por falta de motivación. b) Nulidad del cambio de calificación de una parcela por falta de justificación. **2. Régimen del Patrimonio Municipal del Suelo.** A) Nulidad de un convenio urbanístico para la transmisión de aprovechamiento a cambio de obras de urbanización, por tener que destinarse al Patrimonio Municipal del Suelo. B) Nulidad del Presupuesto que no reinvierte en conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo el importe de las enajenaciones de terrenos del mismo. **3. Licencia de obras.** A) Caducidad de la licencia. B) Condicionamiento de la licencia. C) Anulación de la licencia por exceso de edificabilidad. **4. Protección de la legalidad urbanística: ejercicio de la acción pública.**

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

Las tres sentencias que reseñamos a continuación responden a una misma *ratio decidendi* y tienen una misma consecuencia: la nulidad de las determinaciones del planeamiento urbanístico adoptadas sin una suficiente justificación y motivación.

**A) Nulidad del cambio de ancho de una calle por falta de motivación**

La primera confirma la nulidad de la aprobación definitiva de la revisión de unas NNSS, en cuanto a la determinación por la que se redujo el ancho de una calle de ocho a seis metros (STS de 21 de junio de 2006, RJ 2006/5151) sin la más mínima mención de las razones para ello.

**b) Nulidad del cambio de calificación de una parcela por falta de justificación**

La segunda STS de 11 de julio de 2006, RJ 2006/5148, hace lo propio respecto de la Orden foral de modificación puntual de unas NNSS para destinar una parcela de

suelo no urbanizable a un futuro tanatorio comarcal. Esta sentencia recuerda la muy consolidada doctrina respecto del control jurisdiccional del *ius variandi* que, sin entrar en la valoración de la oportunidad de la decisión, tiende a asegurar la racionalidad del planeamiento:

“que responde [esta jurisprudencia], así, a la idea de que la actuación de una potestad discrecional –y por tanto el ejercicio de aquel *ius variandi*– se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad; y que, en suma, pese a la profunda discrecionalidad del planeamiento, permite eliminar las decisiones que, por carecer de justificación, se sustentan sólo en la voluntad, cuando no en el mero capricho, del autor del plan.

En definitiva, el *ius variandi* no legitima las determinaciones urbanísticas carentes de justificación, y su invocación, sin más sustento que el que se hace en el motivo que analizamos, no permite casar un pronunciamiento que, como el de la Sala de instancia, se apoya en un examen pormenorizado de las circunstancias demostrativas de la falta de motivación y justificación de la ubicación del tanatorio en aquella parcela”.

Por su parte, la **STS de 25 de julio de 2006**, RJ 2006/5136, confirma la nulidad de la revisión del PGOU en cuanto a la calificación de un terreno como zona verde sin la debida motivación. Según se relata, la finca del recurrente aparecía, en el período de información pública, afectada en parte por la carretera M-40 y un nuevo vial paralelo a la misma. En concreto, la superficie afectada eran 323 m<sup>2</sup>, lo que dejaban la finca por debajo de la unidad mínima de parcela permitida y el chalé construido fuera de ordenación. Como consecuencia de las alegaciones del recurrente, en la aprobación inicial del PGOU se eliminó el viario junto a la M-40, pero pasando a calificarse la parcela como zona verde. Según la Sala de instancia, dicha calificación carecía por completo de motivación, no constando en el expediente ni en el recurso ninguna razón que no fuera la invocación genérica del *ius variandi*:

“Y, a mayor abundamiento e insistiendo en el expresado argumento de la falta de motivación, la sentencia de instancia expone que ‘la Sala no descarta la posibilidad de que existan razones que justifiquen la calificación, pero es deber insoslayable de la Administración el explicarlas y razonarlas de modo suficiente. A su vez, es deber de los Tribunales examinar la razonabilidad del criterio adoptado, que debe ser probado por la Administración. La discrecionalidad no es arbitrariedad. La motivación permite conocer las causas de la decisión administrativa. Los Tribunales han de conocer y valorar, en términos de razonabilidad las decisiones de la Administración y ello no ha sido facilitado en el supuesto presente’. Situación a la que debe de añadirse que ningún sentido encuentra tampoco a la calificación impugnada el informe pericial obrante en el procedimiento, realizado por el arquitecto, perito insaculado”.

### 2. RÉGIMEN DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO

#### **A) Nulidad de un convenio urbanístico para la transmisión de aprovechamiento a cambio de obras de urbanización, por tener que destinarse al Patrimonio Municipal del Suelo**

Las apetencias de lucro a costa del Patrimonio Municipal del Suelo se ponen de manifiesto, una vez más, en la STS de 28 de marzo de 2006, RJ 2006/3618. Esta sentencia confirma la nulidad de un convenio por el que, en lugar de hacer entrega al Ayuntamiento del aprovechamiento urbanístico, la promotora asume ejecutar una serie de obras hasta cubrir el importe en que el mismo se había tasado. Como bien resume el Tribunal, además de hurtar el destino legal que esos bienes deben tener —el Patrimonio Municipal del Suelo—, el convenio sirve para eludir las normas sobre contratación administrativa:

“Es cierto que, entre los fines del patrimonio municipal del suelo, está el de facilitar la ejecución del planeamiento, pero lo que ese convenio realmente encubre es la adjudicación a la entidad recurrente de la ejecución de una serie de obras a cambio del aprovechamiento urbanístico que dicha entidad debería entregar en metálico al Ayuntamiento, aunque tales obras vengan impuestas por el planeamiento, con lo que, según certeramente señala la Sala de instancia, se vienen, en definitiva, a incumplir los trámites y requisitos necesarios para la adjudicación de las obras, impuestos por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

#### **B) Nulidad del Presupuesto que no reinvierte en conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo el importe de las enajenaciones de terrenos del mismo**

La STS de 27 de junio de 2006, RJ 2006/5973, ratifica la nulidad del Presupuesto aprobado por el ayuntamiento de Valladolid, por no reinvertir en conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo el importe de las enajenaciones de terrenos de dicho patrimonio en el mismo previstas.

La sentencia hace suya la extensa argumentación expresada en la de instancia acerca del carácter básico del artículo 276 TRLS, cuya validez no fue cuestionada en la STC 61/1997 ni su vigencia alterada por la Ley 6/1998. Lo que, conforme a una pacífica jurisprudencia, conduce a la nulidad del presupuesto municipal:

“El incumplimiento de la obligación de reinversión de los 24.680.000 euros hace ilegal el Presupuesto en este extremo, lo que conduce a la estimación del recurso. Ha de tenerse presente que la ilegalidad del Presupuesto no viene dada por la enajenación de terrenos del PMS, sino por la falta de inversión de una cantidad igual, al menos, para conservación o aumento del PMS.”

### 3. LICENCIA DE OBRAS

#### A) Caducidad de la licencia

El Tribunal Supremo, en la STS de 16 de noviembre de 2005, Ar. 1402, confirma el pronunciamiento del Tribunal de instancia en lo relativo a la declaración de caducidad de una licencia de obras realizada por el Ayuntamiento de Alaior (Baleares).

El debate judicial se plantea en torno a si dicha decisión municipal es consecuencia de la aprobación del deslinde marítimo terrestre, que afectaba a las parcelas cuya construcción se proyectaba, o contaba con un respaldo urbanístico. Para la Sala jurisdiccional no cabe duda de que la declaración del Ayuntamiento se debe a la extralimitación de los plazos de ejecución.

Así lo expresa el FJ 6º:

“En consecuencia, las normas de la Ley de Costas y el Reglamento de Costas que se citan no pueden considerarse infringidas, y, obviamente, la licencia posterior, obligatoriamente, debía tomar en consideración el deslinde marítimo terrestre ultimado, y, como consecuencia de ello, la reducción de la parcela y su edificabilidad.

Tampoco aparece como infringida la jurisprudencia que se cita y que, en síntesis, viene a recoger la existencia de un triple requisito (ausencia de automaticidad requiriéndose declaración expresa; ponderada valoración de las circunstancias concurrentes, e interpretación restrictiva). La Sala de instancia expresa la necesidad de la concurrencia de los mencionados requisitos y lleva a cabo —como hemos expresado— una valoración de las circunstancias concurrentes, expresando de forma bastante explícita que las mencionadas pruebas van en favor de la Administración y no de la entidad anónima que disponía de la licencia de obras, añadiendo que la misma recurrente no ha levantado la carga de la prueba relativa a la existencia de un derecho a continuar en la validez de la licencia, y que, por otra parte, no ha desvirtuado las afirmaciones que reconoce como ciertas la resolución.”

#### B) Condicionamiento de la licencia

La STS de 30 de diciembre de 2005, Ar. 761, confirma la decisión del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que, estimando el recurso deducido por una entidad inmobiliaria, anula la resolución del Ayuntamiento de Carreño, sobre concesión de licencia de edificación con ciertos condicionamientos y liquidando las cargas urbanísticas.

El argumento que defiende el Tribunal de instancia para anular la resolución municipal es que la exigencia de una aportación económica como condición para otorgar la licencia de edificación constituye una reparcelación económica, de carácter obligatorio, en suelo urbano, que no está amparada por el artículo 125.2 del Texto refundido de la Ley del

## XI. Urbanismo

Suelo de 1976, y que la propia Sala del Tribunal Supremo ha declarado repetidamente ilegal por vulnerar el principio de igualdad, de justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico entre los propietarios, argumentándose, en el FJ 2º que

“Así, en nuestras Sentencias de fechas 20 de junio y 16 de noviembre de 1989, 14 de febrero y 23 de octubre de 1990, 6 de noviembre de 1996 y 23 de septiembre de 2003, entre otras, hemos declarado que la reparcelación económica de carácter obligatorio en suelo urbano, como la impuesta en este caso a la entidad demandante y ahora recurrida, no se acomoda al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, traducido al ordenamiento urbanístico en el principio de justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico, por cuanto que el pago de las cantidades resultantes sólo se exige a los propietarios de suelo vacante y no al conjunto de los propietarios de suelo urbano, de manera que los acuerdos imponiendo del pago de unas cantidades determinadas, para obtener la licencia de obras, conculcan el mismo principio que vulnera la norma que les da cobertura, en este caso el Estudio Económico Financiero para la Revisión de las Normas Subsidiarias de Carreño, (...) en el que se establecen los Módulos de Aplicación para la determinación de las aportaciones por el concepto de cargas urbanísticas aplicables a los propietarios de suelo urbano, de modo que tales actos están incurso en la causa de nulidad radical (...) en relación con los artículos 14 y 53.2 de la Constitución, razón por la que el Tribunal *a quo*, estimando también el recurso indirecto al efecto deducido, declaró nulo el referido Estudio Económico Financiero que daba cobertura al acto impugnado.”

### C) Anulación de la licencia por exceso de edificabilidad

La STS de 24 de noviembre de 2005, Ar. 7727, confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que anuló una licencia de obras concedida por el Ayuntamiento de Canet d'En Berenguer.

La decisión judicial parte de la consideración del exceso en la densidad máxima de las viviendas proyectadas en que incurre la autorización otorgada, para cuyo cómputo se incluyó en la misma las unidades de alojamiento turístico. El argumento del recurso formulado por la titular de la licencia y por los terceros adquirentes de los apartamentos construidos a su amparo se basa en una norma autonómica posterior al otorgamiento del permiso relativa al cómputo de la edificabilidad residencial, que excluye de la misma precisamente los alojamientos turísticos sujetos a reglamentación administrativa sectorial.

A juicio de la alta instancia jurisdiccional, esta nueva disposición no es óbice para tachar de errónea o equivocada la interpretación que del ordenamiento jurídico anterior a su vigencia hizo la Sala de instancia, del que incluso se hace eco en su fundamento jurídico 6º, en cuanto a las posibles consecuencias para la ejecución de la misma en orden a la demolición solicitada, decisión esta que difiere a la fase ulterior de ejecución.

#### **4. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA**

En la STS de 14 de octubre de 2005, Ar. 7136, se plantea la posibilidad que tienen las entidades mercantiles recurrentes de ejercitar la acción pública no como consecuencia de la infracción del ordenamiento urbanístico sino para proteger el patrimonio municipal del suelo, concretamente para impugnar en sede jurisdiccional el acuerdo municipal aprobatorio de un convenio urbanístico y de la modificación de un proyecto de compensación de una unidad de ejecución determinada.

El Tribunal da la razón a las mismas frente a las pretensiones del Ayuntamiento de Calahorra, con el argumento, expresado en el FJ 3º de la sentencia, de que el artículo 169 de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja establece que los terrenos pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, como en este caso lo era la parcela en cuestión, serán enajenados mediante concurso, de manera que los demandantes estaban pretendiendo con la acción que ejercitaban la observancia de la legalidad urbanística, que debe considerarse amparada como tal acción pública o popular, en lo dispuesto en el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

En cuanto al fondo de la cuestión, la Sala entiende que la sentencia recurrida no niega la posibilidad de que el Ayuntamiento celebre convenios urbanísticos con la finalidad de ejecutar el planeamiento, concretamente en este caso para modificar un instrumento de gestión urbanística, como es el proyecto de compensación, para sustituir la materialización de la cesión del aprovechamiento urbanístico, que el único propietario había hecho en cumplimiento de sus obligaciones legales, por una compensación en metálico. Sin embargo, lo que el Tribunal a quo anula no es este convenio, sino el hecho de que esta operación encubre una enajenación de terreno perteneciente al patrimonio municipal del suelo realizado sin haber convocado el correspondiente concurso.

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) Utilización de los bienes de dominio público. Aplicación prioritaria de las normas sectoriales: el caso de la televisión por cable. B) Utilización de los bienes de dominio público. Revocación de las concesiones administrativas otorgadas por error. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: servicio público que comprende el de alcantarillado no denegable. B) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo. C) Aguas subterráneas: apertura de pozos para investigación y alumbramiento. D) Infracciones: ejecución de obras sin autorización en cauces públicos. **4. Aguas marítimas.** A) La competencia estatal para definir el demanio costero es incompatible con el ejercicio autonómico sobre el mismo de la potestad de deslinde de vías pecuarias. B) Deslinde. a) La finalidad del deslinde. a') Su objeto es delimitar los bienes que, por naturaleza, integran el demanio costero, con independencia de factores externos que afecten a su apariencia, nunca a su condición. b') Obviando comparaciones, es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición. b) Procedimiento de deslinde. a') Su desarrollo ha de acomodarse a las previsiones procedimentales comunes de la Ley 30/1992. b') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan nueva audiencia a los propietarios afectados. c') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. C) Utilización del dominio público marítimo-terrestre. a) Usos privativos. a') La utilización privativa del demanio costero requiere concesión administrativa, otorgada exclusivamente a su solicitante. b') La concesión se extingue por incumplimiento de su clausulado. b) Usos comunes especiales: el otorgamiento mediante concurso de autorizaciones de instalaciones desmontables debe respetar el principio de igualdad. D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: servidumbre de protección. a) La edificación en zona de servidumbre de protección en

tramos de costa deslindados provisionalmente requiere previa autorización autonómica. b) La edificación en zona de servidumbre de protección requiere mantener la homogeneidad de la fachada marítima. c) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. E) Pesca marítima: el carácter modal de las subvenciones impone su devolución por incumplimiento del beneficiario de la condición de inscripción en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros.

**5. Carreteras: diversas cuestiones.** A) Proyectos de carreteras: construcción de autopistas. B) Autorizaciones en zona de afección. **6. Minas: distintas cuestiones.** **7. Patrimonio Cultural: traspaso de competencias a Cataluña.** **8. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas marítimas: puertos. B) Otro dominio público: aeropuertos. C) Otro dominio público: tasa de dominio público radioeléctrico. D) Otro dominio público: Dominio público local.

## 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 7968 a la 10215 de 2005 y la Constitucional desde la 84/2006, de 13 de marzo, hasta la 224/2006, de 6 de julio.

## 2. BIENES LOCALES

### A) Utilización de los bienes de dominio público. Aplicación prioritaria de las normas sectoriales: el caso de la televisión por cable

En la STS de 18 de diciembre de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 971 de 2006, se plantea la legalidad de una denegación de petición de autorización para la ocupación del dominio público municipal por una empresa de televisión por cable. Se alega por el recurrente para justificar la procedencia de la misma la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión reconocida en el artículo 20 de la Constitución. Dicha fundamentación es rechazada por el Tribunal puesto que las condiciones para poder emitir por televisión por cable se regularon por la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, reguladora de las televisiones por cable, y a ella hay que atenerse para determinar los derechos de las empresas para poder emitir señales de televisión por cable y, por tanto, poder construir las infraestructuras necesarias.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **B) Utilización de los bienes de dominio público. Revocación de las concesiones administrativas otorgadas por error**

En la STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2005, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 212 de 2006, se plantea el caso de un Ayuntamiento que otorga dos concesiones por aprovechamientos privativos en un mismo lugar en diferentes momentos. Aprovechamientos privativos que recaían sobre panteones de un cementerio. Ante esta situación el Ayuntamiento dicta una resolución por la que ordena al segundo titular de la concesión que deje libre el panteón.

En relación con las potestades del Ayuntamiento para dictar esa resolución, el Tribunal afirma que, una vez que la segunda concesión fue otorgada por la Corporación Local, el Ayuntamiento no puede desconocerla y actuar como si la misma no existiera. Estamos ante un acto administrativo que en principio adquirió firmeza y fue otorgado al segundo titular que dispone, por tanto, de un título a su favor y que no ha sido revocado por el Ayuntamiento, de tal forma que el Ayuntamiento no puede actuar como si dicho título no existiera sino que deberá seguir el procedimiento legalmente establecido y proceder, si fuera pertinente, a la revisión de la segunda concesión administrativa, si el título no fuera conforme a Derecho, con los límites previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y siguiendo los trámites establecidos para la revisión de actos nulos o anulables del Capítulo I del Título VII del mismo texto legal. Dicho con otras palabras, si el Ayuntamiento considera que la segunda concesión no es conforme a Derecho al no respetar una concesión ya otorgada sobre el mismo nicho, no puede de plano dictar una Resolución en la que así lo reconoce y acordar la exhumación de los restos cadavéricos contenidos en el panteón, puesto que ello supone desconocer o eludir el título del que también dispone la parte demandante, título que mientras no se diga lo contrario continúa siendo válido y reconoce un derecho a favor de la actora. Ello conduce a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad de las resoluciones recurridas, sin perjuicio de las actuaciones que puede llevar a cabo el Ayuntamiento a fin de revisar la segunda concesión que tendrá que ser revocada, si a ello hubiera lugar, con arreglo a los trámites y procedimiento legalmente establecido, o de intentar llegar a un acuerdo para solventar el problema que plantea el otorgamiento de dos concesiones sobre el mismo bien de servicio público.

### **3. AGUAS CONTINENTALES**

#### **A) Abastecimiento a poblaciones: servicio público que comprende el de alcantarillado no denegable**

Por la STSJ de Asturias de 27 de febrero de 2006, Ar. 111.025, se recuerda que el servicio municipal de suministro de aguas y alcantarillado no puede denegarse a un particular, pues se configura como un servicio público que deben prestar todos los municipios [artículo 26.1.a) LBRL], contando el interesado con el derecho a exigir la prestación en este caso [artículo 18.1.g) LBRL]. Debe anularse por tanto el Acuerdo municipal de Amieva de 2001 que denegaba la solicitud de un particular para que se modificase el proyecto de

ejecución de obras de saneamiento, que no contemplaba el acceso a la red mencionada del inmueble en cuestión.

### **B) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo**

Se procede a la interpretación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Lag. de 1985 (después contenida con la misma numeración en el TR de Lag. de 2001) en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2006**, Ar. 63.385, para llegar a la conclusión de que no puede inscribirse en el Catálogo de Aguas privadas el aprovechamiento de varios pozos solicitado por una empresa, al no cumplirse todos los requisitos contemplados en la mencionada Disposición Transitoria Cuarta, puesto que dicha disposición alude a que el Organismo de cuenca, previo conocimiento de las características y aforo del aprovechamiento que traiga causa de la Lag. de 1879, lo incluirá en el Catálogo. En este supuesto no ha quedado demostrado que los pozos estuviesen en explotación antes de 1986 (es decir, antes de la entrada en vigor de la Lag. de 1985) como exige la normativa aplicable, y sólo se ha comprobado la existencia de pozos posteriores a 1994.

A conclusión distinta (esta vez a favor de la inscripción) se llega en la **STSJ de Extremadura de 30 de marzo de 2006**, Ar. 151.042, en la que siguiendo jurisprudencia anterior [así, STS de 20 de septiembre de 2001, crónica XII.3.A) del núm. 16 de esta Revista] se insiste en que aunque en el momento de la solicitud (1994) hubiesen transcurrido los 3 años a que aludía la Disposición Transitoria Cuarta de la Lag. de 1985 en conexión con el artículo 195 del RDPH (redacción originaria de 1986), debe procederse a la inscripción del aprovechamiento de un pozo en el Catálogo de aguas privadas del Organismo de cuenca solicitado por un particular, con destino al riego de 8 hectáreas de terreno. Es preciso interpretar como un deber la declaración del derecho y su posterior inscripción, pues la Administración hidráulica ha de ser la más interesada en que esas declaraciones tengan lugar, con el fin de controlar mejor el recurso hídrico y su utilización.

### **C) Aguas subterráneas: apertura de pozos para investigación y alumbramiento**

De la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2006**, Ar. 111.149, se deduce que cabe reducir la sanción por apertura de pozos sin autorización, cuando resulte, como en este supuesto sucede, que sólo en uno de ellos (de los tres por los que se incoa expediente sancionador) se produjo un acondicionamiento para su posterior explotación. En efecto, sólo en la parcela núm. 228 el mencionado pozo se encuentra preparado para riego de 38 hectáreas de viñedo, actuación que por no contar con permiso de la Confederación Hidrográfica del Guadiana incurre en la infracción descrita en el artículo 108.h) de la Lag. de 1985 (introducida por Ley 46/1999, aplicable en el momento en que concurren los hechos), y calificada como infracción menos grave según el artículo 316.c) del RDPH. En el caso de los otros dos (que tampoco contaban con permiso), al haberse clausurado tras la exploración por no encontrarse agua, sólo deben sancionarse como infracción leve [artículo 315.j) del RDPH].

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### D) Infracciones: ejecución de obras sin autorización en cauces públicos

La STSJ de Castilla y León de 24 de febrero de 2006, Ar. 111.098, procede a la anulación del acto sancionador de la Confederación Hidrográfica del Tajo por el que se imponía una multa y se obligaba a restituir los terrenos a su estado anterior, debido a que se había considerado al Ayuntamiento de Serranillos (Ávila) como autor de unas obras sin autorización. El TSJ citado reconoce que sí se dio una ausencia de autorización por parte de los que llevaron a cabo las obras consistentes en la construcción de un depósito de agua para abastecimiento en zona de servidumbre, pero que no ha conseguido demostrarse que dicho permiso debiera haberse solicitado por el Ayuntamiento, sino por los verdaderos titulares de la misma como son la Junta de Castilla y León que financió y adjudicó el contrato o la empresa contratista que ejecutó las obras materialmente. De este modo, el Ayuntamiento no puede considerarse sujeto responsable de la infracción, pues no realizó la construcción, no cumpliéndose el requisito normativo exigido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, según el cual, sólo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas que resulten responsables de los mismos. Concorre así nulidad de pleno derecho [artículo 62.1.a) Ley 30/1992] al vulnerarse el artículo 25 de la CE, como se sabe, referido al principio de legalidad en materia sancionadora.

### 4. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) La competencia estatal para definir el demanio costero es incompatible con el ejercicio autonómico sobre el mismo de la potestad de deslinde de vías pecuarias

La STS de 1 de junio de 2005, Ar. 9347, recuerda la doctrina que sentara la fundamental STC 149/1991, de 4 de julio, acerca de la exclusiva competencia del Estado en orden a determinar las categorías de bienes que integran el dominio público natural y, concretamente, el demanio costero. Y es amparándose en la misma como el TS considera improcedente el deslinde de una vía pecuaria llevado a cabo por una Comunidad Autónoma sobre terrenos del dominio público marítimo-terrestre, argumentando que reconocer la validez de esta actuación supondría soslayar aquella competencia exclusiva. En concreto, el Tribunal afirma que la competencia autonómica no puede implicar una afectación de los intereses generales o de otros títulos competenciales del Estado, añadiendo que resulta una necesidad lógica de la competencia exclusiva estatal

“que las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad correspondan en exclusiva también al Estado (...) La exigencia constitucional podría ser burlada si, reteniendo físicamente el dominio público marítimo-terrestre el Estado, se tolerase que su naturaleza y características fuesen alteradas, lo que sucedería en el caso enjuiciado si se admitiese la potestad de la Administración autonómica para deslindar una vía pecuaria en una zona de dominio público marítimo-terrestre”.

**B) Deslinde****a) La finalidad del deslinde**

- a') Su objeto es delimitar los bienes que, por naturaleza, integran el demanio costero, con independencia de factores externos que afecten a su apariencia, nunca a su condición

La justificación de la potestad de deslinde —que no es otra que la determinación de los límites del demanio costero en atención a la naturaleza de los bienes examinados— es lugar común en todas las crónicas de jurisprudencia elaboradas para esta Revista, habida cuenta que el TS no deja de insistir en ella en muchos de sus pronunciamientos.

Es por tanto aquella naturaleza, y sólo ella, el elemento decisivo a efectos de la consideración demanial de un bien, sin que factores externos, aun de la máxima intensidad (caso de su incorporación a procedimientos urbanizadores, acompañada incluso de inscripciones registrales en favor de particulares) la obstaculicen, en la medida en que no desnaturalizan su condición geomorfológica (**SSTS de 21 de junio, 19 y 28 de julio, 6 de septiembre y 28 de diciembre de 2005**, Ar. 8967, FJ 7º, 9014, FJ 6º, 8841, FJ 7º, 8844 FJ 8º y 759 de 2006, FJ 8º). Cosa distinta será que los derechos que amparen aquellas inscripciones, de ser legítimos por conformes con el ordenamiento vigente en el momento de su realización, deban ser indemnizados en los casos en que se prive de ellos a sus titulares a resultas del deslinde, tal y como prevén las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas. Pero en ningún caso prevalecen frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, siendo precisamente éste uno de los más espectaculares efectos del ejercicio de la potestad que nos ocupa. Así lo recuerdan el FJ 6º de la **STS de 21 de junio de 2005**, Ar. 8967, el FJ 10º de la **STS de 20 de julio de 2005**, Ar. 9018, y el FJ 8º de la **STS de 28 de diciembre de 2005**, Ar. 759 de 2006.

En este orden de cosas, las **SSTS de 28 de junio, 6, 19 (dos), 20 (tres), 27 y 28 (dos) de julio, 5 y 6 de septiembre de 2005**, Ar. 9065, 9071, 9012, FJ 5º, 9014, FFJJ 5º y 6º, 8933, FFJJ 5º y 6º, 9018, FJ 7º, 9020, FJ 7º, 8840, FFJJ 5º y 7º, 8841, FFJJ 6º y 9º, 8842, FJ 6º, 8843, FJ 5º y 8844, FJ 7º, respectivamente, ratifican la validez de varios deslindes en los que se incluían como demanio costero terrenos que presentan la condición de dunas, tal y como a las mismas se refieren los artículos 3.1.b) de la Ley de Costas y 4.d) de su Reglamento de desarrollo. Igualmente las **SSTS de 15 y 29 de junio, 5 y 12 de julio de 2005**, Ar. 9058, 8980, 8922 y 9077, que confirman el carácter demanial de los bienes atendidos, al evidenciarse su composición arenosa de origen marino depositada por acción del mar o del viento marítimo y al presentar, por ende, la condición de playa ex artículo 3.1.b) de la Ley de Costas. Y las **SSTS de 28 de junio y 28 de diciembre de 2005**, Ar. 8976 y 759 de 2006, FFJJ 4º y 7º, que lo hacen respecto de unos terrenos que resultan naturalmente inundables por el flujo y reflujo de las mareas, resultando encuadrables en el presupuesto descrito también por el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas.

## **XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural**

También pertenecen al demanio costero, como recuerda el artículo 4.5 de la Ley de Costas, los terrenos deslindados como dominio público que, por cualquier causa, han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre. Y ello sin perjuicio de que, precisamente por la pérdida de aquellas condiciones naturales y por su mantenimiento en el demanio por accesión, quepa sobre ellos desafectación expresa, una vez declarada su innecesariedad, previo informe preceptivo del Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma afectados (STS de 28 de junio de 2005, Ar. 8977).

**b') Obviando comparaciones, es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición**

Por supuesto, y como también se hizo constar en crónicas previas, la inclusión de estos y otros bienes en el dominio público marítimo-terrestre a consecuencia de un procedimiento de deslinde es independiente del hecho concreto de que bienes contiguos, con características similares, queden a su margen. Lo relevante no es que otros terrenos debieran haber sido incluidos en el dominio público marítimo-terrestre, sino que los incluidos realmente tienen los elementos propios de esa condición. De nuevo insiste en esta interpretación la STS de 21 de junio de 2005, Ar. 8967, FJ 8º.

### **b) Procedimiento de deslinde**

**a') Su desarrollo ha de acomodarse a las previsiones procedimentales comunes de la Ley 30/1992**

Se ha insistido en numerosas ocasiones que el deslinde del demanio marítimo, como procedimiento administrativo que es, debe sujetarse en su desarrollo a los principios y trámites comunes establecidos por la Ley 30/1992, uno de los cuales es el de audiencia a los interesados, tanto particulares como Administraciones públicas. Sin embargo, y como también se ha hecho constar en repetidas oportunidades, la omisión del mismo sólo determinará la existencia de vicio de nulidad invalidante si produce indefensión, lo que no sucede en los supuestos a que se refieren las SSTS de 29 de junio y 28 de diciembre de 2005, Ar. 8921 y 759 de 2006, FJ 3º. En estos casos, además de haberse comprobado la intervención de los interesados en los respectivos procedimientos, existen asimismo para el Tribunal suficientes elementos de juicio que posibilitan resolver el fondo del asunto, lo que permite, a su vez, presuponer que unas eventuales nulidad de actuaciones y repetición del acto viciado no conducirían a un resultado distinto del alcanzado.

**b') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan nueva audiencia a los propietarios afectados**

Otra vez se hace eco el TS de una consolidada doctrina jurisprudencial conforme a la cual resulta innecesaria la apertura de trámite adicional de información pública cuando se introduzcan en el expediente de deslinde modificaciones no sustanciales –esto es, inalteradoras del dibujo global de la superficie demanial– respecto de la delimitación inicial o provisional. En esta ocasión, puede encontrarse en las SSTS de 19 (dos), 20 (tres), 27 y 28 (dos) de julio, 5 y 6 de septiembre de 2005, Ar. 9012, FJ 3º, 9014, FJ

3º, 9018, FJ 5º, 9020, FJ 5º, 8933, FJ 3º, 8840, FJ 3º, 8841, FJ 4º, 8842, FJ 3º, 8843, FJ 3º y 8844, FJ 3º.

**c') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992**

Y también en esta oportunidad hay que constatar la presencia de pronunciamientos que afirman la imposibilidad de declarar caducado el procedimiento de deslinde de costas en aplicación de los tenores originales de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, hoy modificados. En este orden de cosas, las mismas SSTs antecitadas –19 (dos), 20 (tres), 27 y 28 (dos) de julio, 5 y 6 de septiembre de 2005, Ar. 9012, FJ 2º, 9014, FJ 2º, 9018, FJ 4º, 9020, FJ 4º, 8933, FJ 2º, 8840, FJ 2º, 8841, FJ 3º, 8842, FJ 2º, 8843, FJ 2º y 8844, FJ 2º–, vuelven a recordar que el plazo de tres meses fijado por aquellos preceptos para concluir los procedimientos mediante resolución expresa sólo operaba en relación con los iniciados a instancia de parte, cupiendo declaración de caducidad de los impulsados de oficio únicamente en los casos en que no fuesen susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. La conjunción de ambas razones determina que las pretensiones de los recurrentes en orden a declarar caducados los deslindes inconclusos en ese plazo sean desestimadas, al argumentar el Tribunal que, por un lado, no se trata de procedimientos iniciados a instancia de parte y que, por otro, son susceptibles al tiempo de producir actos favorables tanto para terceros como para el mismo interés general, impidiendo declaraciones de caducidad automáticas.

### **C) Utilización del dominio público marítimo-terrestre**

#### **a) Usos privativos**

**a') La utilización privativa del demanio costero requiere concesión administrativa, otorgada exclusivamente a su solicitante**

Cualquier uso privativo de los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre requiere, en buena lid, la obtención de una previa concesión, otorgada por la Administración costera al solicitante de la misma. Porque, en efecto, sólo quien solicita el título y quien acepta las condiciones de uso ofrecidas por la Administración en respuesta a tal solicitud puede obtener la condición de concesionario. Como expresamente determina la STS de 3 de noviembre de 2005, Ar. 10096, la voluntad del solicitante –que es requerida tanto al formularse la solicitud como en el momento de la aceptación concesional– es elemento esencial y determinante para la viabilidad de la concesión administrativa. Y esta personal posición no puede ser ocupada por ningún otro sujeto, por evidente que sea su interés sobre el título: la carencia de la especial relación requerida con el objeto de la pretensión imposibilita la materialización de la concesión administrativa. Nunca la iniciativa de un tercero interesado puede suplir la voluntad del solicitante.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

b') La concesión se extingue por incumplimiento de su clausulado

En la medida en que las condiciones fijadas en las cláusulas concesionales son obligatorias para las partes, su incumplimiento determina la caducidad del título. Así ocurre en el supuesto analizado por la STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 9346, en que el exceso de ocupación de superficie demanial respecto de lo tolerado por la concesión supone motivo suficiente para declarar su caducidad.

**b) Usos comunes especiales: el otorgamiento mediante concurso de autorizaciones de instalaciones desmontables debe respetar el principio de igualdad**

La STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 1442, anula el procedimiento por el cual un Ayuntamiento otorgó licencia para la prestación de servicios de temporada en las playas a un participante en el pertinente concurso que mejoró la oferta contenida en su plica una vez abiertas las plicas precedentes y conocidas, por ende, las ofertas formuladas por el resto de participantes. A juicio del TS, tal modificación no puede entenderse en ningún caso, como pretendía el demandado, como una mera aclaración u observación sobre el contenido de la oferta inicial, siendo precisamente la alteración *in voce* la determinante de la adjudicación de la licencia al mismo. La vulneración del principio de igualdad resulta evidente en este caso, por lo que procede la citada declaración de nulidad, y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios en favor del concursante directamente afectado por la actuación.

**D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: servidumbre de protección**

**a) La edificación en zona de servidumbre de protección en tramos de costa deslindados provisionalmente requiere previa autorización autonómica**

Ha sido habitual en nuestro ordenamiento la existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo con el fin de cumplimentar necesidades públicas y, sobre todo, con el de su salvaguardia. Y la vigente Ley de Costas no es una excepción en este punto.

Ejemplo evidente de esta limitación es la servidumbre de protección a que se refieren sus artículos 23 y siguientes y que, entre otras consideraciones, prohíben la realización de edificaciones destinadas a residencia o habitación en la zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar sobre la que se extiende. Matizable es, sin embargo, esta prohibición genérica cuando viene referida a tramos de costa no deslindados o, como en el supuesto al que se refiere la STS de 2 de noviembre de 2005, Ar. 747 de 2006, deslindados provisionalmente a la espera de la prosecución del procedimiento que fije definitivamente sus límites. En estos casos, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Costas exige una autorización por parte de la Administración autonómica en orden a la realización de cualquier uso sobre la zona, incluida la construcción efectiva de las edificaciones proyectadas. Autorización que, como recuerda el pronunciamiento judicial aludido, en ningún caso aquélla puede soslayar amparándose en la existencia de una previa licencia municipal de obras ni en la propia provisionalidad del deslinde. De

procederse así, podría llegar a frustrarse la finalidad de preservación perseguida por el deslinde, favoreciendo la alteración de los bienes en proceso de delimitación.

**b) La edificación en zona de servidumbre de protección requiere mantener la homogeneidad de la fachada marítima**

Por su parte, la STS de 25 de enero de 2006, Ar. 456, emplea como fundamento de su argumentación la exigencia contenida tanto en la Disposición Transitoria Tercera.<sup>3</sup> de la Ley de Costas como en la Disposición Transitoria Novena.<sup>2</sup> del Reglamento de Costas. De acuerdo con ambas Disposiciones, la edificación en suelo urbano sito en zona de servidumbre de protección (que en esta ocasión tendrá una extensión de 20 metros) vendrá condicionada, como regla de obligada atención, al logro de la homogeneización urbanística del tramo de fachada marítima a la que pertenezcan. Homogeneización que en ningún caso posibilita el proyecto planteado en el supuesto enjuiciado, por lo que la autorización otorgada por el órgano autonómico competente resulta totalmente improcedente, declarando el TS su nulidad.

**c) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas**

También en esta ocasión ha procedido el TS a analizar las Disposiciones Transitoria Tercera de la vigente Ley de Costas y Transitoria Octava de su Reglamento. Y en lo que es ya una interpretación asentada de las mismas, precedentemente expuesta en esta Revista, ha vuelto a insistir (STS de 21 de junio de 2005, Ar. 8965) en la supeditación de la extensión genérica de la servidumbre de protección (100 metros) a la aprobación definitiva por parte de las Administraciones urbanísticas competentes de un Plan Parcial. En el supuesto enjuiciado en este caso, ya existía un Plan Especial de Centro de Interés Turístico (equivalente a un Plan Parcial) a la entrada en vigor de la Ley, por lo que la extensión de dicha servidumbre puede reducirse a los 20 metros que autoriza la Disposición Transitoria Octava del Reglamento de Costas. Esta reducción se justifica en la indemnizabilidad de los aprovechamientos urbanísticos atribuidos por aquel instrumento de planeamiento al suelo afectado por la servidumbre, que hay que evitar en lo posible, lo que se hace procurando que la anchura de la zona de protección sea la máxima posible dentro del respeto al aprovechamiento urbanístico, sin que en ningún caso pueda ser inferior a los 20 metros establecidos en la legislación costera.

**E) Pesca marítima: el carácter modal de las subvenciones impone su devolución por incumplimiento del beneficiario de la condición de inscripción en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros**

En la línea de algunos pronunciamientos previos ya comentados en esta Revista, la STS de 22 de junio de 2005, Ar. 9715, insiste en el condicionante que supone para el otorgamiento de subvenciones a la actividad pesquera exterior la obligación de inscripción de sus solicitantes en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros, así como

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

el mantenimiento actualizado de los datos. Y ello con el fin de que la Administración pesquera pueda realizar un seguimiento de las mismas, y velar para que las ayudas cumplan efectivamente los fines propuestos. Dado el carácter modal que tienen las subvenciones en nuestro ordenamiento, y que determina su revocación directa –sin procedimiento sancionador– en casos de desobediencia de sus condiciones, es conclusión necesaria que el incumplimiento de aquellas obligaciones registrales determina para su responsable la pérdida del status de empresa pesquera, así como el consiguiente deber de reintegro de la ayuda percibida.

### 5. CARRETERAS: DIVERSAS CUESTIONES

#### A) Proyectos de carreteras: construcción de autopista

En primer lugar, la STS de 27 de octubre de 2005, Ar. 101, 2006, confirma la Sentencia del TSJ de Madrid de 2002, y da la razón a la Administración del Estado y a la concesionaria de autopistas de tramo Málaga-Estepona, frente a la pretensión de varias empresas, que se opusieron a la aprobación definitiva en 1997 del Proyecto de trazado de la mencionada autopista, por considerar que no se les dio vista del estudio informativo previo (aprobados todos ellos según lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley 8/1972).

Por otra parte, el Anteproyecto de la autopista se sometió a información pública a los demás informes sectoriales exigidos por la normativa vigente, por lo que el TS entiende que se ha cumplido correctamente este trámite, frente a las pretensiones de los demandantes.

#### B) Autorizaciones en zona de afección

En este apartado, destaca en esta ocasión la STS de 7 de febrero de 2006, Ar. 465, que confirma el criterio de la Sentencia de instancia, que consideró adecuada a Derecho la denegación de la autorización a una empresa, por parte de la Administración del Estado, de la autorización para la instalación de una estación de servicio en la zona de afección de una carretera estatal en Cantabria en 1997.

El motivo de la denegación fue que según los artículos 23.4 de la Ley de Carreteras de 1988 y artículo 83.4 del Reglamento de 1977, la aprobación de un Estudio Previo de carreteras venía a establecer un trazado de una autovía que afectaba directamente a la estación de servicio cuya autorización se solicitaba, tal y como quedó acreditado en autos del proceso de primera instancia.

### 6. MINAS: DISTINTAS CUESTIONES

En relación con la materia minera, debemos mencionar la STS de 31 de enero de 2006, Ar. 361, que estima el recurso de casación interpuesto y anula la Sentencia del TSJ gallego de 2003, y por tanto también la Resolución del Consejero de Industria y Comercio de la

Xunta de Galicia, que declaró la caducidad de una cantera de granito, por incumplir las condiciones impuestas en su otorgamiento, por no haber presentado los planes de labores de la cantera relativos a los años 1995, 1996 y 1997, por lo que aplicó la causa de caducidad del artículo 106.f) del Reglamento de Minas de 1978.

El Tribunal Supremo considera que no se cumple el supuesto de hecho del artículo 18.2 de la Ley de Minas y artículo 31.2 de su Reglamento, que establecen que se podrá declarar la caducidad de una concesión cuando se produce reincidencia no justificada en la presentación del plan de labores. Pero en esta ocasión no existe esta reincidencia, pues para que ésta exista (tal y como se exige en el ámbito del derecho sancionador) debe existir una sanción administrativa previa de carácter firme, por lo que en este caso no es suficiente con que haya quedado acreditado que no se presentaron los planes de labores relativos a tres años previos, pues ello no fue objeto de ninguna sanción firme.

La nulidad de la resolución administrativa impugnada no impide, sin embargo, que la Xunta de Galicia pueda sancionar la conducta omisiva aquí existente (la no presentación de los planes de labores), pero este asunto no es objeto del presente procedimiento jurisdiccional.

## **7. PATRIMONIO CULTURAL: TRASPASO DE COMPETENCIAS A CATALUÑA**

En este apartado, debe citarse la **STS de 13 de diciembre de 2005**, Ar. 173 de 2006, que considera conforme a Derecho el Real Decreto 1949/2004, de 27 de septiembre, que amplió los medios materiales traspasados a la Generalidad de Cataluña por el Real Decreto 1010/1981, en materia de cultura (fondo documental del Servicio de Recuperación del Patrimonio Artístico de la Generalidad de Cataluña), y en concreto traspasó unos ficheros muebles depositados en el Archivo de la Corona de Aragón.

Los recurrentes (que sí están legitimados para recurrir, al existir acción pública en materia de patrimonio histórico, según el artículo 8.2 de la Ley 16/1985, en relación aquí con el artículo 62 de esta Ley) alegaron falta de motivación del Acuerdo de traspaso.

Frente a ello, el TS considera que sí que existe motivación suficiente, tal y como consta en los distintos documentos del expediente administrativo.

## **8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO**

### **A) 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.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Algunas dan la razón a los contribuyentes, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así otras tres SSTS de 29 de septiembre de 2005 (respectivamente, RJA 2006, 304 a 306) y un buen número de sentencias fechadas a 31 de enero de 2006 (RJ 429 a 433; 476, 495 y 496; 499 y 500; y 525 a 527).

### **B) Otro dominio público: aeropuertos**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestima, mediante SSAN de 16 de mayo de 2005 (JT 2006, 164), 23 de junio de 2005 (JT 2006, 153), 1 de julio de 2005 (JT 2006, 143) o 18 de julio de 2005 (JT 2006, 287) varios recursos contencioso-administrativos interpuestos contra Resoluciones del TEAC en relación con liquidaciones practicadas por AENA en concepto de Tarifa H (servicios de asistencia en tierra). La sentencia es análoga a otras comentadas en números anteriores de la revista, como la de 26 de noviembre de 2004, postulando igualmente el tribunal la corrección de las liquidaciones, a la vista de la adecuación de la tasa a su presupuesto legal.

### **C) Otro dominio público: tasa de dominio público radioeléctrico**

Las modificaciones operadas en los últimos años en la tasa de dominio público radioeléctrico, concretadas en interesantes subidas en las tarifas, han generado abundantes conflictos acerca de su exigencia. La SAN de 26 de julio de 2005 (JT 2006, 17) desestima el recurso planteado por la entidad Antena 3 de Televisión contra la también desestimación en vía económico-administrativa de su reclamación inicial. Se trata de las tasas correspondientes al ejercicio 2002. A salvo de lo que luego se diga, las liquidaciones practicadas están sin duda cubiertas por la normativa reformada, por lo que el demandante centra sus razones en la posible inconstitucionalidad de la Ley reguladora y, alternativamente, en la posible vulneración del Derecho comunitario. La Audiencia Nacional ya presentó en un caso similar una cuestión de inconstitucionalidad que fue inadmitida por Auto del Tribunal Constitucional, comentado en otro número anterior de la revista. Por ese motivo, rechaza ahora la presentación de otra cuestión de inconstitucionalidad. Entiende también la Audiencia Nacional que la legislación española no vulnera el Derecho comunitario, y por ello rechaza la presentación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La recurrente examina el Derecho comunitario, en particular las Directivas 13/1997, de 10 de abril (en cuanto se garantiza que los cánones y gravámenes deben limitarse a cubrir los gastos administrativos de la explotación) y 20/2002, de 7 de marzo (en cuanto se garantiza que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente y sean proporcionados al fin previsto). La parte actora considera que la modificación introducida en la tasa es contraria a dichos preceptos, puesto que produce un régimen de desigualdad en relación con las cadenas nacionales y autonómicas públicas, y además, puesto que se ha suprimido el destino que debía darse al importe de las tasas, la investigación y mantenimiento sobre el espacio de dominio público radioeléctrico, siendo paradójico que se destinase a financiar a dichas cadenas; y que por otro lado, conculca el principio de libre competencia.

La Audiencia Nacional se opone a estos planteamientos. En primer lugar, en cuanto a que el importe de la tasa habrá de tener en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia. Dice que la afirmación realizada por la parte actora no ha sido probada y, por lo tanto, la mera afirmación o sospecha de que pueda suceder tal cosa no quiere decir que se produzca la infracción de las normas Europeas Comunitarias cuando la modificación legal o reglamentaria no prevea de forma específica esta finalidad, ni otra especialmente, por lo que deberá estarse a los actos de aplicación concretos. En segundo lugar, en cuanto a la discriminación generada, todo ello sobre la base de la doctrina que al respecto fijó el propio Tribunal Constitucional. Y, en tercer lugar, invoca la Audiencia Nacional que nos hallamos ante un bien escaso cuya utilización ha de ser objeto de una regulación especial y sometida a ciertas condiciones y autorizaciones.

De entre las cuestiones específicas de Derecho interno que alega la demandante, destacaremos que, en su opinión, a la vista de la Ley General de Telecomunicaciones, no tenía la condición de sujeto pasivo: dice que es un mero usuario del servicio portador soporte de la señal de televisión que presta Retevisión, y hasta que no se registren a su nombre las bandas correspondientes no será sujeto pasivo. La Audiencia Nacional ya había dictado doctrina en otras ocasiones sobre esta cuestión, rechazando estos argumentos.

La SAN de 7 de julio de 2005 (JT 2006\140) hizo lo propio –desestimar– con el recurso interpuesto por la entidad Sogecable, en relación con la tasa correspondiente al ejercicio 2003. La recurrente en su demanda sostiene: que no es sujeto pasivo de la tasa; que no se realiza el hecho imponible; que se ha cuantificado de manera incorrecta; y que se ha producido la violación de la Constitución Española. Centrándonos en los argumentos diferentes de los examinados en la sentencia anterior, dice la recurrente que no se ha producido una reserva eficiente del espectro radioeléctrico y ello debiera suponer la anulación de la tasa por falta de realización del hecho imponible. Existen interferencias por la entrada en funcionamiento de canales digitales terrestres y la recurrente ha estado obligada a realizar importantes esfuerzos de resintonización de los aparatos y sistemas receptores, lo cual se hubiera evitado mediante un procedimiento de ordenación de frecuencias. Le responderá el tribunal que con la tasa se quiere obtener el valor de mercado del uso del espectro radioeléctrico y el beneficio potencial que del mismo pueda obtenerse por su explotación. Esa rentabilidad que otorga el uso del recurso escaso –señala– es la que incita a un uso óptimo del espectro radioeléctrico, lo cual no daña ni las expectativas de negocio de las empresas, ni la entrada de nuevas operadoras en el mercado, ni el avance y desarrollo de nuevas tecnologías, que no depende del importe del tributo que nos ocupa, sino de otras razones de mercado que son ajenas a la cuestión litigiosa.

Tampoco es correcta, en opinión de la recurrente, la cuantificación de la tasa. Ello porque los coeficientes utilizados para su determinación no reflejan los factores de aprovechamiento real de las frecuencias que utiliza la empresa y mucho menos los valores reales de mercado del uso de las frecuencias, toda vez que son valores asignados a los respectivos parámetros según criterios objetivos, estáticos y apriorísticos que resultan rígidos para

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

poder cuantificar la tasa. Y no se aplican correctamente, pues son aplicados sin tener en cuenta las circunstancias reales de aprovechamiento. Y añade que determinar los valores a cada parámetro por medio de una Ley de Presupuestos no es adecuado para fijar objetivamente el importe de la tasa ni para evaluar los costes reales del servicio, así como el grado de utilización y rentabilidad real que puede obtener el usuario del dominio radioeléctrico. La Audiencia Nacional se remite a las ideas manejadas por el Tribunal Constitucional en el auto de inadmisión al que antes nos referíamos.

En cambio, la Audiencia Nacional estimará parcialmente el recurso interpuesto por la entidad Quiero Televisión, en relación con las tasas del ejercicio 2002. Se trata de la **SAN de 7 de noviembre de 2005** (JT 2006\305). La recurrente pedía que de la tasa, calculada en términos anuales, se efectuase un descuento proporcional al número de días del año 2002 en que no se dispuso de la reserva por la Compañía. Formulaba otros argumentos, pero será éste el que determinará la estimación parcial. En efecto, el Consejo de Ministros, en sesión de 2 de mayo de 2003, había adoptado un acuerdo por el que se extinguía la concesión con efectos retroactivos a la fecha 17 de julio de 2002, por lo que es obvio que como mínimo y desde esa fecha la parte actora no hizo uso alguno de la reserva de espectro ni tuvo posibilidad de ejercitar el servicio concedido.

Otro campo abonado al conflicto ha sido la posible aplicación de exenciones a los entes públicos de radio y televisión, en función de su carácter de “Administración pública”. Según la normativa reguladora, las Administraciones públicas estarán exentas del pago de esta tasa en los supuestos de reserva de frecuencias del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de interés general sin contraprestación económica. A tal fin, deberán solicitar, fundadamente, dicha exención al Ministerio de Fomento. La **SAN de 18 de julio de 2005** (JT 2006, 27) rechaza la aplicación de la exención para el Ente público RTVE, en coherencia con sentencias anteriores. La considera que al percibir ingresos por publicidad se produce una prestación económica cuya inexistencia es el requisito que se exige para la exención. Y esa contraprestación económica no necesariamente viene del consumidor de televisión o de radio, sino de aquellos otros ciudadanos que utilizan la radio y la televisión para difundir y fomentar sus productos mediante estos medios de difusión.

La **SAN de 5 de diciembre de 2005** (JT 2006\269) niega la aplicación de la exención a la entidad Empresa Pública Puertos de Andalucía, fundada también en la existencia de contraprestación. Dice la Audiencia Nacional que para tener derecho a la exención se requiere, además de tratarse de una Administración Pública, que la reserva de frecuencias tenga por finalidad la prestación de servicios de interés general sin contraprestación económica, exigencia que no concurre en el presente caso dado que las frecuencias concedidas a la actora se destinan a la prestación de un sistema radiofónico que forma parte inseparable y necesaria para la maniobra de aproximación a los puertos y otros servicios portuarios, que son objeto de contraprestación económica.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de octubre de 2005** (JT 2006\68) rechaza la aplicación de la exención al Ente Público Radiotelevisión Canarias. En este caso, la Sala negará la naturaleza de Administración pública del ente público, tratándose de una

entidad que no forma parte de la Administración institucional y se rige, fundamentalmente, por el ordenamiento privado.

**D) Otro dominio público: Dominio público local**

La STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2005 (JT 2006\131) desestima el recurso planteado por una entidad bancaria en relación con la exacción de tasas por ocupación del espacio público por la instalación de cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública, en línea con la doctrina de este tribunal.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

**Comunidades Europeas.** A) Evaluación de Impacto Ambiental: Autorización de proyectos que consta de varias etapas y momento en que debe ser hecha la evaluación. No adecuación del Derecho inglés 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. B) Directiva hábitats 92/43/CEE y caza mediante lazos con freno en cotos privados de caza de España. No se demuestra que la caza autorizada afecte a especies objeto de protección según la Directiva. Concepto de “captura o sacrificio de liberados”. C) Directiva 79/409/CEE “aves”: condiciones de cumplimiento por los derechos nacionales de las obligaciones de protección de determinadas aves cuando las competencias están distribuidas entre distintas partes del Estado como las regiones (Italia). D) Directiva 79/409/CEE “aves”. La modificación de una Zona de protección especial en Portugal sin fundamento científico es contraria al derecho comunitario.

**3. Declaración de impacto ambiental. 4. Espacios Naturales Protegidos. 5. Especies protegidas. 6. Aguas continentales.** A) Vertidos: aminoración de sanción por desconocerse el verdadero alcance de las emisiones contaminantes en el tramo fluvial. **7. Aguas marítimas.**

A) El impacto ambiental negativo constituye un límite al otorgamiento de autorizaciones de uso del demanio costero. **8. Minas: diversas cuestiones. 9. Fiscalidad ambiental.**

A) Aguas continentales. Cánones de saneamiento. B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Supuestos de no sujeción: utilización de hidrocarburos en el proceso de fabricación de sustancias que también tienen la considera-

ción de hidrocarburos. b) Exenciones: hidrocarburos utilizados en la producción de electricidad y en la cogeneración de electricidad y calor. c) Utilización de gasóleo bonificado e imposición de sanciones: concepto de aptitud para circular. d) Obligaciones formales de los operadores económicos. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad. a) Aplicación del régimen suspensivo y requisitos formales.

b) Exenciones: autoconsumo.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de mayo, junio y julio de 2006; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 7968 a la 10215 de 2005 y la Constitucional desde la 84/2006, de 13 de marzo, hasta la 224/2006, de 6 de julio.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

**A) Evaluación de Impacto Ambiental: Autorización de proyectos que consta de varias etapas y momento en que debe ser hecha la evaluación. No adecuación del Derecho inglés 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 problemática jurídica anunciada en el título es tratada por dos SSTJCE (Sala Primera) muy relacionadas entre sí y que llevan ambas la fecha de 4 de mayo de 2006. La primera que tratamos recae en el asunto C-290/03 y trata de la petición de una decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por la House of Lords (Reino Unido). La segunda recae en el asunto C-508/03 y tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En la primera de las Sentencias que hemos citado el Tribunal conoce de una legislación inglesa de ordenación del territorio (Town and Country Planning Act 1990) que exige un permiso de construcción para todos los proyectos. Este permiso puede otorgarse en la fase de anteproyecto llevándose a cabo, posteriormente, una aprobación posterior de aspectos que deban ser objeto de desarrollo (aspectos reservados). Por otra parte, existe

### XIII. Medio Ambiente

una normativa de evaluación de impacto ambiental que da distintos criterios a las autoridades que deben adoptar las decisiones acerca de cuándo un proyecto debe ser objeto de evaluación. Pero la evaluación de impacto ambiental sólo puede tener lugar en el procedimiento relativo al otorgamiento del permiso de construcción en fase de anteproyecto, no posteriormente cuando se trate de aprobar los aspectos reservados.

En esas circunstancias surge un conflicto en torno a la construcción de un Centro recreativo y de ocio en el Parque Crystal Palace (proyecto Crystal Palace). El órgano administrativo competente otorga un permiso de construcción en fase de anteproyecto decidiendo no llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental por creerla no necesaria en función de los criterios de la legislación nacional. Una señora entabla un recurso contra esta decisión y en los trámites del mismo es como, finalmente, se plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal comunitario y en la que, fundamentalmente, se trata de la adecuación del derecho inglés al derecho comunitario en el ámbito de la Directiva 85/337/CE.

Pues bien, el Tribunal de Justicia indica que la calificación del concepto de “autorización” que se define en el artículo 1.2 de la Directiva 85/337/CE como “la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto” y que, en función del derecho comunitario, puede ir precedida de la evaluación de impacto ambiental, debe realizarse conforme al derecho comunitario [punto 41 de la Sentencia en cuyo proceso de razonamiento se sigue la Sentencia de 7 de enero de 2004 comentada por nosotros en el núm. 23 de esta Revista, crónica XIII.2.C)].

Pues bien, un procedimiento como el regulado en el derecho inglés que divide en dos partes el otorgamiento de un proyecto de construcción, también constituiría una “autorización” en el sentido del derecho comunitario aplicable. Lo normal será que los efectos que el proyecto pueda causar en el medio ambiente se identifiquen y evalúen en el procedimiento de adopción de la decisión principal pero “en el supuesto de que los referidos efectos únicamente fueran identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante dicho procedimiento” (punto 47 de la Sentencia). Si se llega a la conclusión de que esto sucede así, tendría entonces que llevarse a cabo la evaluación de impacto ambiental en el momento de la aprobación posterior de los aspectos reservados y “esta evaluación debe revestir un carácter global con objeto de tener en cuenta todos los aspectos del proyecto que aún no han sido evaluados o que exigen una nueva evaluación” (punto 48 de la Sentencia).

Durante el desarrollo de la Sentencia que hemos comentado, hay continuas remisiones a la otra Sentencia dictada en el mismo día, la que hemos mencionado en el comienzo de este punto y que aparece tras el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra algunas decisiones internas inglesas, entre ellas contra la que también ha sido objeto de recurso y en el trámite del cual se ha suspendido el procedimiento para plantear al Tribunal comunitario que emita la decisión prejudicial mencionada.

En efecto, en el mismo lugar (Park Crystal Palace) donde se quería que tuviera lugar la construcción del Proyecto Crystal Palace, también se intenta construir otro centro recreativo y de ocio bajo la mención Proyecto “White City”. Ambos han sido objeto de otorga-

miento de permiso de construcción en fase de anteproyecto por las autoridades inglesas competentes —que son distintas— sin que haya tenido lugar una evaluación de impacto ambiental por no creerla necesaria. Es tras una denuncia ante la Comisión Europea de un particular y los trámites posteriores, que se interpone por ésta el recurso por incumplimiento que da lugar al asunto C-508/03 y a la Sentencia, claramente relacionable con la anterior, que se comenta ahora.

En la misma el Tribunal comunitario va a considerar no probado por parte de la Comisión que por la mera descripción de las características de los proyectos (por ejemplo, el proyecto Crystal Palace trataba de construir un edificio de 52.000 m<sup>2</sup>, con 18 salas de cine, galerías, restaurantes, un aparcamiento de 950 plazas en el techo del edificio y otro en superficie) se haya cumplido con la exigencia de la Directiva 85/337 de demostrar que el proyecto tiene afecciones al medio ambiente pues la Comisión “no puede limitarse a presunciones según las cuales unos proyectos de gran envergadura pueden tener automáticamente repercusiones importantes sobre el medio ambiente sin demostrar, mediante un mínimo de pruebas concretas, que las autoridades competentes cometieron un error manifiesto de apreciación” (punto 92 de la Sentencia) y ello a partir del margen de apreciación que el artículo 4.2 de la Directiva 85/337 confiere a los Estados para decidir si un proyecto debe ser objeto, o no, de evaluación ambiental.

Sin embargo y en línea de congruencia con la anterior Sentencia comentada —la recaída en el asunto C-290/03— el Tribunal considera que el derecho inglés no está adaptado plenamente a la Directiva 85/337 al establecer un régimen jurídico según el cual y por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

**B) Directiva hábitats 92/43/CEE y caza mediante lazos con freno en cotos privados de caza de España. No se demuestra que la caza autorizada afecte a especies objeto de protección según la Directiva. Concepto de “captura o sacrificio deliberados”**

La STJCE de 18 de mayo de 2006, recaída en el asunto C-221/04, (Sala Segunda) declara, desestimando el recurso por incumplimiento formulado por la Comisión, la adecuación del Reino de España a las obligaciones que contiene la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

La cuestión planteada era la inadecuación a derecho de determinadas autorizaciones de caza del zorro con lazos con freno y otorgadas por el órgano administrativo competente de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a la Directiva comunitaria citada. En concreto la Comisión consideraba que se había incumplido la obligación del artículo 12.1.a) en relación con el Anexo IV de la Directiva 92/43/CEE, que dispone que los Estados deben tomar las medidas necesarias para instaurar un sistema de protección efectiva de

### XIII. Medio Ambiente

las especies animales que figuran en la letra a) de ese Anexo y, en concreto, la nutria, prohibiendo “cualquier forma de captura o sacrificio deliberados”.

Al margen de otras cuestiones de índole procesal que se discuten en la Sentencia, la clave del asunto consiste en probar que en el terreno al que se extienden las autorizaciones mencionadas existe la nutria. El Tribunal considerará insuficientes las pruebas presentadas por la Comisión (unas fichas científicas y una monografía en la que el Tribunal aprecia “contradicciones”) por lo que se desmorona la misma base argumental del recurso que, por tanto, se desestima.

De más interés jurídico reside la interpretación sobre el concepto de “cualquier forma de captura o sacrificio deliberados” a que se refiere el artículo 12.1.a) de la Directiva 92/43/CEE. Según interpretación del Tribunal comunitario recordando alguna sentencia anterior (cfr. Sentencia de 30 de enero de 2002 en el asunto Comisión/Grecia, C-103/00 con nuestro comentario en el núm. 16 de esta Revista) “debe acreditarse que el autor del acto quería capturar o sacrificar un ejemplar de una especie animal protegida o, cuando menos, aceptaba la posibilidad de tal captura o sacrificio” (punto 71 de la Sentencia). En el caso no se ha acreditado que la autorización pretendiera capturar nutrias o que aceptara su captura como consecuencia de la utilización del método de caza y, además, considera el Tribunal no probado que existieran en la zona correspondiente las nutrias, por lo que también desde este punto de vista debe rechazarse el recurso de la Comisión.

#### **C) Directiva 79/409/CEE “aves”: condiciones de cumplimiento por los derechos nacionales de las obligaciones de protección de determinadas aves cuando las competencias están distribuidas entre distintas partes del Estado como las regiones (Italia)**

La STJCE de 8 de junio de 2006, recaída en el asunto C-60/05, (Sala Segunda) tiene por objeto una decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia).

El litigio original lo ha iniciado una organización ecologista contra una decisión de la región de Lombardía mediante la que se autorizó la caza de determinadas cantidades de las especies pinzón vulgar y pinzón real durante la temporada de caza 2003-2004. Esa decisión administrativa responde a una ley regional que, a su vez, aplica el artículo 19 bis de la Ley estatal núm. 157 de 11 de febrero de 1992 sobre la fauna silvestre homeotérmica y la práctica de caza mediante el que se lleva al derecho interno el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE. Este último precepto es el que establece determinadas excepciones a la prohibición de caza de las aves objeto de protección por la Directiva y el artículo 19 bis de la Ley italiana citada instaura un sistema en el que la autorización de las excepciones corresponde a las regiones, regiones que dan la autorización para períodos limitados previo dictamen de un órgano estatal. El Gobierno italiano, por su parte, puede anular las excepciones hechas por las regiones con un determinado procedimiento administrativo.

En el caso de la Sentencia que se comenta, un órgano estatal italiano, el Istituto nazionale per la fauna selvatica, estimó que el contingente máximo que podía ser objeto de caza

en todo el territorio italiano en la temporada cinegética 2003-2004 era de 1.500.000 ejemplares de la especie pinzón vulgar y 52.000 ejemplares respecto de la especie pinzón real. A partir de esa decisión algunas regiones se repartieron estas cifras y en el marco de un acuerdo que suscribieron, a Lombardía se le atribuyó un contingente de 360.000 pinzones vulgares y 32.000 pinzones reales.

Esta decisión fue objeto de recurso aduciendo que sólo cinco regiones se habían repartido todo el contingente nacional y que no se habían establecido los controles exigidos por el artículo 9 de la Directiva para garantizar la observancia de las cuotas de captura máximas.

Como se puede observar con todo lo anteriormente indicado, se plantea un muy interesante tema para el tratamiento jurídico en el caso de los Estados de corte descentralizado (como lo es Italia y, desde luego España), en relación al cumplimiento de las Directivas comunitarias, en el reparto de las competencias normativas y ejecutivas y los mecanismos garantizadores —en el plano nacional— del cumplimiento por todos de lo establecido por el derecho comunitario.

Pues bien, el Tribunal de Justicia comunitario, respondiendo a las preguntas a que le somete el Tribunal administrativo italiano, dará respuestas que nos corresponde sistematizar resumidamente.

En primer lugar el artículo 9 de la Directiva plantea que las excepciones a la prohibición de caza deben referirse a “pequeñas cantidades” de aves [artículo 9.1.c)]. El Tribunal comunitario recuerda que en Sentencias anteriores (...) indicó que “constituye una pequeña cantidad cualquier nivel de capturas inferior al 1% de la mortalidad total anual de la población afectada (valor medio) cuando se trate de especies no cazables, y del orden del 1% en el caso de las especies cazables” derivándose estas cifras de determinados estudios científicos (punto 26 de la Sentencia). Recuerda también que estas cifras “no son jurídicamente vinculantes” pero “debido a la autoridad científica de los trabajos del comité ORNIS y a la no aportación de prueba científica alguna en sentido contrario, pueden constituir una base de referencia para apreciar si una excepción concedida en virtud del artículo 9 apartado 1 letra c) de la Directiva es conforme con esta disposición” (punto 27 de la Sentencia). En conclusión y cualquiera que sea el reparto interno de competencias, los Estados miembros deben asegurar que establecen un marco legal y reglamentario que garantice que las capturas de aves sólo se realizan cumpliendo el requisito relativo a las “pequeñas cantidades” que establece el artículo 9.1.c) de la Directiva (punto 28) y que este marco debe contener criterios suficientemente firmes para que las autoridades competentes puedan llevar a cabo la emanación de autorizaciones con arreglo al principio de seguridad jurídica (punto 36). Por ello el mismo marco jurídico en el caso de competencias de distintas autoridades (como es el supuesto de un Estado descentralizado políticamente como Italia) tiene que asegurar procedimientos para que la suma de las capturas de todas las autoridades no supere el nivel fijado estatalmente (punto 41 de la Sentencia).

### XIII. Medio Ambiente

Finalmente y en relación a las garantías que a nivel nacional deben establecerse para reaccionar contra autorizaciones que violenten los principios anteriormente establecidos, se considera que el derecho italiano no cumple las exigencias del derecho comunitario en tanto en cuanto el control del Gobierno italiano se desarrollaría necesariamente durante el tiempo al que se refiere la autorización. Recordando lo que indica el Abogado General en sus conclusiones, el punto 46 de la Sentencia expresa que “la facultad de intervenir a tiempo de forma decisiva en las situaciones en las que las decisiones de las autoridades competentes conduzcan o amenacen conducir a un resultado contrario a las prescripciones de protección de la Directiva forma parte de la garantía relativa al respeto de las cantidades máximas de capturas de aves que se deriva del régimen de excepciones establecido en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva”.

#### **D) Directiva 79/409/CEE “aves”. La modificación de una Zona de protección especial en Portugal sin fundamento científico es contraria al derecho comunitario**

La STJCE de 13 de julio de 2006, recaída en el asunto C-191/05, (Sala Segunda) declara, estimando el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, incumplimiento de la República Portuguesa de obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4.1 de la Directiva 79/409/CE, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

La República Portuguesa, así, había modificado los límites de la Zona de Protección Especial “Moura, Morao, Barrancos” y frente a ello y tras el correspondiente procedimiento, se interpuso recurso por la Comisión. La Sentencia es muy simple pues no existe una defensa efectiva de su actuación por parte de Portugal. Por ello el Tribunal comunitario se limita a recordar el contenido del artículo 4.1 de la Directiva 79/409/CE (que indica las circunstancias en las que los Estados declararán Zonas de Protección especial de las aves) e indica que la modificación sólo puede darse cuando exista un fundamento científico para la misma. Ese fundamento científico debería encontrarse en la prueba de que dicha Zona ya constituía el territorio más adecuado para la conservación de la correspondiente especie. Como no se ha producido tal prueba, se declara la conducta de Portugal contraria al derecho comunitario especificado.

### **3. DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

La declaración de impacto ambiental correspondiente a las obras y actuaciones de competencia estatal en el territorio de una Comunidad autónoma debe ser emitida por el órgano estatal competente.

Siguiendo la doctrina sentada en la Sentencia 13/1998, de 22 de enero, al resolver el Conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco en relación a determinados artículos del RD 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprobó el reglamento del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, el Tribunal Constitucional en su **STC 101/2006, de 30 de marzo**, estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Vasco

3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, y en consecuencia declara que los artículos 44.1, 47.1, 4, 6 y 8, 48, 52.2 y 53.2, en su conexión con el anexo I.B), vulneran las competencias del Estado, y son por tanto inconstitucionales exclusivamente en cuanto se refieren a las obras o actuaciones competencia de éste cuya declaración de impacto ambiental, si procede, corresponderá al órgano competente del Estado y no al órgano autonómico al que se asignaba en la Ley del Parlamento Vasco.

El Tribunal reitera la doctrina sentada por la mayoría en su sentencia de 1998 si bien en esta ocasión sin votos particulares, sentencia que fue objeto de comentario en el núm. 1 de esta Revista correspondiente a octubre de 1998 a cuyos comentarios nos remitimos.

#### **4. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS**

Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora al aplicarse directamente el artículo 39.1 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestres que exige un posterior desarrollo normativo.

El Tribunal Constitucional en sus SSTC 98 y 187/2006, de 27 de marzo y 19 de junio, reiterando la doctrina aplicada en las Sentencias 100/2003, de 2 de junio, y 210/2005, de 18 de julio, decide otorgar parcialmente el amparo solicitado por los recurrentes y reconociendo su derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) declara la nulidad de las resoluciones del Delegado Provincial de Almería de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y de sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en lo referido a la imposición de una sanción pecuniaria a los recurrentes.

Se sustenta la decisión anulatoria por cuanto se ha vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora al haberse impuesto la sanción en aplicación directa por los órganos administrativos sancionadores del artículo 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, precepto que no determina la gravedad de los ilícitos previstos en el artículo 38 de la misma y de cuya lectura se deduce que la función de calificación de las infracciones se difiere un posterior desarrollo normativo que no se ha producido y sin el cual no es posible proceder a la aplicación directa e inmediata de la Ley.

#### **5. ESPECIES PROTEGIDAS**

El método de caza con parany para capturar aves en cuanto no resulte selectivo es contrario a lo establecido en el artículo 28.2.f) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

### XIII. Medio Ambiente

El TS en su STS de 22 de junio de 2005, Ar. 897, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimatoria a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 135/2000 del Gobierno Valenciano que resulta anulado en cuanto que autorizaba la caza con el método del parany para la captura de tordos. La decisión del Tribunal se fundamenta en que dicho método en su modalidad tradicional no es selectivo, y por consiguiente prohibido por la Directiva 74/409 de la Unión Europea y el artículo 28.2.f) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, en su redacción dada por la Ley 40/1997, de 5 de noviembre, y tampoco alcanza tal carácter con las prevenciones, condiciones y restricciones impuestas por el Decreto impugnado ya que éstas no garantizan la preservación de la aves protegidas. Hay que destacar que el TS en este caso no hace más que aplicar la doctrina ya establecida por la STJCE de 9 de diciembre de 2004, (Sala Segunda), recaída en el asunto C 79/2003, y que ya fue objeto de comentario en el núm. 27 de esta Revista [crónica XIII.2.c)], en el que destacamos la desautorización de la caza con liga (parany) y el valor de los informes científicos en la labor del Tribunal de Justicia.

#### 6. AGUAS CONTINENTALES

##### **A) Vertidos: aminoración de sanción por desconocerse el verdadero alcance de las emisiones contaminantes en el tramo fluvial**

En la STSJ de Andalucía de 17 de febrero de 2006, Ar. 161.182, se llega a la conclusión de que lo procedente es estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Ayuntamiento, que había sido sancionado por arrojar vertidos contaminantes a tres arroyos sin autorización del Organismo de cuenca, debiendo aminorarse la cuantía de la sanción de 10.511,78 euros a 4.507,59 euros, pues según el TSJ mencionado la infracción ha de considerarse –dentro de la escala que ofrece el artículo 117 del TR de Lag. de 2001– no menos grave, sino leve. De las pruebas recaídas en el expediente puede deducirse que las muestras se tomaron en lugar no del todo idóneo para conocer con exactitud el alcance de los vertidos, pues también habían concurrido en dicho tramo vertidos de diversas industrias.

#### 7. AGUAS MARÍTIMAS

##### **A) El impacto ambiental negativo constituye un límite al otorgamiento de autorizaciones de uso del demanio costero**

La STS de 2 de noviembre de 2005, Ar. 9920, trae a colación lo dispuesto por la legislación del sector eléctrico en relación con la autorización de tendido de líneas de alta tensión en el dominio público marítimo-terrestre, que tiene como límite tanto su ubicación –nunca podrán localizarse en tramos de costa que constituyan playa y otros ámbitos de especial protección– como la afectación negativa a los valores medioambientales y paisajísticos. En el supuesto analizado, la coexistencia de estos factores unida a la realidad de

ubicaciones alternativas más respetuosas con el medio ambiente justifican, a juicio del TS, la denegación ministerial a una solicitud en este sentido, que había sido recurrida por los afectados.

## 8. MINAS: DIVERSAS CUESTIONES

Sobre esta materia, debe citarse en primer lugar la **STS de 7 de febrero de 2006**, Ar. 736, que anula la Sentencia de instancia (Audiencia Nacional) y considera conforme a Derecho la suspensión por la Administración del Estado de la concesión otorgada a una empresa, de actividad extractiva de dolomítica en Cantabria (junto a la Reserva Natural de las Marismas de Santoña, declarada como tal por Ley 6/1992, de 27 de marzo), sin que exista en este caso obligación de la Administración de indemnizar a los recurrentes.

En concreto, el TS considera que la Administración ha aplicado correctamente lo previsto en la legislación minera (artículo 116 de la Ley de Minas y artículo 142 de su Reglamento).

Por otra parte, la **STS de 15 de marzo de 2006**, Ar. 1005, desestima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía, frente al Real Decreto 1032/2003, de 25 de julio, que declaró zona de reserva definitiva a favor del Estado para la explotación de recursos minerales del área de Aguablanca en las provincias de Badajoz, Huelva y Sevilla, concediendo la explotación de estos recursos a la empresa “Río Narcea Recursos, SA”.

En este caso, la declaración de impacto ambiental se había realizado mediante Resolución ministerial de 2 de junio de 2003, que según el TS es conforme al RD Legislativo 1302/1986 y al RD 1131/1988, que lo desarrolla, ya que su contenido contempla todos los extremos exigidos en estas dos normas, pues examina correctamente todos los supuestos y alternativas ambientales existentes en este caso.

## 9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

### A) Aguas continentales. Cánones de saneamiento

Se comentan varias sentencias relativas a los impuestos autonómicos sobre el vertido de aguas al medio líquido, conocidos generalmente como cánones de saneamiento.

Es el caso resuelto por la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2005** (JT 2006\261). La sala estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución de la Consejería del ramo desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra liquidación girada en concepto del tributo, ejercicio 1999. El TSJ considera que se ha vulnerado el principio de reserva de ley. La demandante entendió que la normativa reglamentaria desconocía las exigencias en lo que atañe a la deducción correspondiente

### XIII. Medio Ambiente

a primar por propia depuración. Realiza también otras afirmaciones, en la consideración de que el canon tenía naturaleza de tasa y no de impuesto: lo recaudado por el canon no podrá exceder en su conjunto del coste real o previsible del servicio de que se trate. Finalmente, justificaba la nulidad de las liquidaciones por cuanto lo recaudado no está siendo empleado para el destino contemplado en la Ley, como es las obras de protección y mejora del cauce receptor y calidad de las aguas.

La Sala de Valencia marca una línea continuista con anteriores sentencias. Advierte el Tribunal cómo es la propia norma legal la que añade en la determinación del canon de saneamiento factores correctores basados en criterios relativos a la carga contaminante que se incorpore al agua utilizada, la incorporación ostensible del agua a los productos fabricados y la deducción correspondiente a primas por propia depuración. Estos factores correctores (contaminación producida, capacidad de depuración e incorporación ostensible del agua a los productos fabricados) constituyen un elemento esencial en la fijación de la cuota del canon de saneamiento, en particular para los usos industriales, de manera que incide de forma determinante en la cuantía de la deuda tributaria. El establecimiento por vía reglamentaria de requisitos formales añadidos *ex novo* a los legalmente establecidos para la fijación de los coeficientes correctores infringe el principio de reserva de Ley y de jerarquía normativa. De otra parte, como reprocha la actora, el cálculo del coeficiente corrector no incluye ninguna deducción correspondiente a primas por propia depuración, que no se contemplan en la citada norma, de manera que el canon no queda fijado teniendo en cuenta todos los criterios previstos en la Ley. Estimado el recurso por esta vía, la sala no entrará en las otras cuestiones planteadas.

En cambio, el TSJ Cataluña, mediante **STSJ de 27 de octubre de 2005** (JUR 2006\49865) desestima el recurso planteado en relación con el canon del agua de Cataluña. La sentencia del sistema de medición directa y la aplicación del denominado coeficiente Ka de vertido a sistema. Esto supone un tipo del gravamen específico determinado en función de la carga contaminante vertida, aplicable a los sujetos pasivos en relación con vertidos a redes de alcantarillado y colectores generales conectados a sistemas públicos de saneamiento, siempre que este tipo sea inferior al previsto para los usos domésticos del municipio, queda afectado de un coeficiente de 1,5. La empresa recurrente se opone a la aplicación de dicho coeficiente, por entender que el mismo se halla subordinado a que el vertido de aguas sea efectuado a redes de alcantarillado y colectores generales conectados a sistemas públicos de saneamiento, así como que no puede hablarse de sistemas públicos de saneamiento si no existe una estación depuradora de aguas residuales y demás instalaciones de saneamiento asociadas.

La Sala desmonta el razonamiento de la empresa recurrente, a la vista de la naturaleza y finalidad del impuesto y de un concepto amplio de “sistema de saneamiento”, entendido como el conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto, en este caso al saneamiento. En atención a ello, no resultará requisito necesario para la exigibilidad del tipo de gravamen cuestionado la puesta en funcionamiento de una determinada estación depuradora de aguas, como se postula por la actora, siendo suficiente con que los vertidos de que se trata lo sean a redes de alcantarillado, colectores u otras instalaciones de saneamiento asociadas, aun cuando alguna de las di-

ferentes fases del sistema en cuestión no haya sido definitivamente concluida y se halle únicamente planificada, como así lo entendió la Administración demandada.

## **B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos**

### **a) Supuestos de no sujeción: utilización de hidrocarburos en el proceso de fabricación de sustancias que también tienen la consideración de hidrocarburos**

Tres SSAN tratan de la no sujeción al impuesto en supuestos de autoconsumo en los que se produce la utilización de hidrocarburos en el proceso de fabricación de sustancias que también tienen la consideración de hidrocarburos. Están fechadas a **24 de junio de 2005** (JT 2006, 150 a 152). La Sala desestimarà los recursos presentados contra las respectivas resoluciones desestimatorias del TEAC que, a la sazón, habían confirmado las actuaciones de comprobación efectuadas cerca de las refinerías. Se debate si los hidrocarburos se utilizaron o no en la fabricación de productos que no tienen la consideración de hidrocarburos a efectos fiscales y que salieron de las refinerías para ser comercializados o entregados a diversas empresas, como el azufre, coque, extractos aromáticos, betunes, hidrógeno y residuos de pirólisis.

Se respalda el criterio del TEAC, según el cual es correcto calcular el consumo de combustible en proporción a las cantidades de productos finales, a la hora de delimitar la no sujeción de los hidrocarburos consumidos como combustible en un establecimiento productor de hidrocarburos, cuando dicho establecimiento obtenga, además de hidrocarburos, otros productos químicos distintos. Decía el TEAC que es altamente dificultoso, si no imposible, cuantificar por separado lo producido y consumido en las distintas fases, sin que sea posible individualizar unas de otras a efectos de cuantificación, por lo que se ha de acudir a un método que se pueda aceptar como adecuado, aun cuando no lleve a resultados exactos. En el presente caso, se aplica el método de proporcionalidad ya aludido, que se ha aceptado como válido por la mayoría de los países de la Unión Europea, no existiendo motivos debidamente fundamentados que permitan sustituir el criterio de la Administración por otro propuesto por la parte recurrente, siendo evidente que el método de cálculo ha de ser adoptado por la Administración Tributaria con carácter general y no en función de los intereses particulares de cada contribuyente. La Audiencia Nacional está sustancialmente de acuerdo con ello y añade que el procedimiento utilizado por la Administración se apoya, a falta de preceptos legales o reglamentarios al respecto (lo que no equivale a la imposibilidad de la Administración de liquidar el Impuesto como entiende la actora) en el criterio reflejado en el acta de la reunión del Comité de Accisas de la Comisión de las CE, donde teniendo en cuenta las disposiciones de las directivas comunitarias en la materia, se considera válido el procedimiento de prorrateo utilizado por España y otros cuatro países miembros. Ello implica que si el recurrente se opone a dicha forma o modo de determinar la base imponible, por entender que existe otro procedimiento más adecuado o correcto, debe razonar y probar que se ha errado en dicha determinación, lo que lleva a una prueba técnica, pericial sobre dicho extremo, carga esta de probar que no ha atendido.

### XIII. Medio Ambiente

#### **b) Exenciones: hidrocarburos utilizados en la producción de electricidad y en la cogeneración de electricidad y calor**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la correspondiente Resolución del TEAC, desestimatoria de reclamación interpuesta contra denegación de exención del Impuesto Especial de Hidrocarburos, del gas natural utilizado como carburante en la producción de energía eléctrica. Se trata de la SAN de 18 de julio de 2005 (JT 2006, 30).

La Administración había denegado la exención solicitada por entender que no se ha demostrado que la instalación para la que se solicita, se trate de una central eléctrica o central combinada; esto es, al no cumplirse por las instalaciones a las que se refiere la solicitud la condición de Centrales Eléctricas o Centrales Combinadas de cogeneración, electricidad y calor en los términos exigidos en la Ley.

La Audiencia Nacional toma como primera cuestión a resolver determinar si las instalaciones de la actora que dedica a la producción de energía eléctrica tienen o no la condición de centrales eléctricas. A pesar de algunas dudas que vienen dadas por la compleja evolución legislativa del sector, entiende que la finalidad de la Ley es la de favorecer con la exención del impuesto la producción de aquellas energías estratégicas para el desarrollo industrial y para la convivencia social, produciéndose grandes picos mantenidos de consumo de electricidad a cuya absorción debe ir encaminado el esfuerzo legislativo y productor, como así se deduce de su Exposición de Motivos cuando trata el Impuesto sobre Hidrocarburos, y respecto de los combustibles empleados en la generación de electricidad. Estima pues la reclamación, rechazando la argumentación del Abogado del Estado que especificaba los posibles requisitos que incumplían las instalaciones en el caso de autos.

#### **c) Utilización de gasóleo bonificado e imposición de sanciones: concepto de aptitud para circular**

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de junio de 2005 (JT 2006\138), estima el recurso planteado y anula las sanciones impuestas por utilización de gasóleo bonificado en usos distintos de los permitidos por la norma. Se trataba de una pala cargadora susceptible de ser autorizada para circular: pero que no se encontraba matriculada, ni por tanto facultada para circular por vía pública.

#### **d) Obligaciones formales de los operadores económicos**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Castilla y León (Valladolid) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la correspondiente Resolución del TEAR de Castilla y León, desestimatoria a su vez de la reclamación formulada contra sanción impuesta en materia de Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Es la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de septiembre de 2005 (JT 2006\249).

La sanción obedeció a que los documentos de acompañamiento en las salidas de circulación desde un almacén fiscal de productos sujetos al Impuesto Especial sobre Hidrocarburos (en el caso de autos, gasóleo bonificado) no reunían las condiciones reglamentarias. Entre las diversas cuestiones que se plantean, la recurrente sostiene que en el presente caso los productos sí iban acompañados de los correspondientes documentos, aunque la Inspección los considere nulos y, además, el precepto que cubre la concreta sanción, a su juicio, sólo es aplicable cuando el producto está circulando y no cuando ya ha circulado.

Dice la Sala que los documentos de acompañamiento son nulos cuando falten los datos necesarios para la completa identificación del destinatario. Aclara que la circulación es elemento constitutivo del tipo, pero ello no supone, en forma alguna, que la comprobación de la comisión de la infracción haya de hacerse a lo largo de esa circulación, tesis que no viene avalada por las normas aplicables y choca frontalmente con la interpretación lógica de la finalidad de la norma sancionadora.

### **C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad**

Se comentan varias sentencias relativas a dos de los asuntos más conflictivos del impuesto: la aplicación del régimen suspensivo en aquellos casos en que el productor no distribuye ni vende a consumidor final y las exenciones por autoconsumo.

#### **a) Aplicación del régimen suspensivo y requisitos formales**

La SAN de 1 de julio de 2005 (JT 2006\141) trata de la eventual aplicación del régimen suspensivo en relación esta vez con el titular de tres saltos de agua que no distribuye ni vende a consumidor final, sino que lo hace a un intermediario. El régimen suspensivo supondría que el impuesto se devenga en el momento en que este último vende a sus consumidores a los que distribuye. El litigio, como tantas veces, se refiere a la trascendencia de la exigencia del alta en el Registro Territorial de las Oficinas Gestoras de los Impuestos Especiales, innecesario para reconocerle la producción en régimen suspensivo –según la demandante– y fundamental para la Inspección. La Audiencia Nacional dará la razón a la Administración tributaria.

Con la SAN de 10 de noviembre de 2005 (JT 2006\302) se va a producir un cierto cambio de criterio, que aliviará las consecuencias de su doctrina tradicional. Manteniendo sustancialmente las exigencias para la aplicación del régimen suspensivo en los términos ya señalados, la Sala reconoce que si, además de cobrar el impuesto al consumidor final que lo ha soportado en el incremento de su factura, exigimos al fabricante del impuesto que lo abone, resulta que la energía suministrada habrá sido gravada dos veces; se quebranta, entonces, el principio de gravamen en fase única, configurador del tributo. Ello sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder.

### XIII. Medio Ambiente

Quizá esta resolución sirva para que otros tribunales replanteen su doctrina. Vid., por ejemplo, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de septiembre de 2005 (JT 2006\255), que sostiene la corrección de la actuación administrativa.

#### b) Exenciones: autoconsumo

El TSJ de Castilla y León, Burgos, ha dictado nuevas sentencias [como las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 y 18 de noviembre de 2005 (JT 2006\233 y 230, respectivamente)] desestimatorias de los recursos planteados por empresas a las que se les rechazaba la aplicación de la exención en relación con la fabricación de energía eléctrica en instalaciones acogidas al régimen especial que se destine al consumo de los titulares de dichas instalaciones. Recuérdese que, para este Tribunal, la exención es de interpretación restrictiva, aplicable únicamente a los consumos realizados por el titular de las instalaciones y no a los consumos realizados por el socio mayoritario de dicho titular.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO



**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Consideración general. 2. Agricultura. 3. Comercio. 4. Crédito. 5. Defensa de la**

**competencia. 6. Energía eléctrica.** A) Tarifas. Limitación tarifaria y fijación de un precio medio de generación. Derecho a la libertad de empresa. B) Distribución de competencias en materia sancionadora. C) Tarifas. Compensaciones a empresas extrapeninsulares. **7. Fomento. 8. Ganadería. 9. Pesca. 10. Radio y televisión.**

**11. Seguros. 12. Telecomunicaciones.** A) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Potestad normativa. Circulares. B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Potestad normativa. Circulares. C) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Requerimiento de información. D) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Requerimiento de información. E) Obligaciones impuestas al operador dominante: fijación de las condiciones y tarifas de interconexión. F) Televisión por cable. Transformación parcial del título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicación por cable. **13. Transportes.** A) Auto-taxi. B) Transporte por carretera. Concesión.

**1. CONSIDERACIÓN GENERAL**

En la presente crónica se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la STC 115/2006, de 24 de abril y la STC 252/2006, de 25 de julio, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 1 a 9 de 2006.

**2. AGRICULTURA**

La Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos del Estado Español, Iniciativa Rural (COAG-IR) interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Real Decreto 506/2001 sobre producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios.

El recurso se fundamenta en la existencia de diversos vicios procedimentales en la tramitación del reglamento, así como en la vulneración del Reglamento CE 2091/91, modificado por el 1804/99, por parte del apartado dos del artículo único del Real Decreto impugnado.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 14 de febrero de 2006**, Ar. 1750 (también las sentencias de Aranzadi números 1751 y 1753 coinciden con la anterior), rechaza la impugnación, tanto en cuanto a los motivos formales como a los de fondo.

En cuanto al fondo, el recurrente entendía que el precepto impugnado permitía la utilización en el etiquetado, publicidad o documentos comerciales de productos no producidos conforme a los reglamentos comunitarios de expresiones como “bio”, lo que podía inducir a confusión. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación poniendo de relieve que en su día planteó sobre esta problemática una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual mediante Sentencia de 14 de julio de 2005 resolvió la cuestión en términos contrarios a las peticiones del recurrente, al decir: “18. Puesto que en la lista incluida en este artículo no se mencionaba en español más que el término ‘ecológico’ que abarca su abreviación ‘eco’, y dado que no se ha demostrado que en España se dieran otros usos, el Tribunal de Justicia ha llegado a la conclusión, en el marco del recurso interpuesto por la Comisión, de que el Reino de España no había incumplido sus obligaciones al no haber prohibido a los fabricantes de productos no obtenidos con arreglo al método de producción ecológica utilizar otros términos como ‘biológico’ o ‘bio’”.

En consecuencia se declara la validez del RD 506/2001 impugnado, pero se advierte de que el marco normativo ha sido alterado, por lo que el RD de 2001 no puede ser aplicado a partir de la vigencia del nuevo Reglamento CE 392/2004, de 24 de febrero.

### 3. COMERCIO

#### Horarios comerciales.

La **STC 164/2006, de 24 de mayo**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales. Si bien el auto de planteamiento de la cuestión impugna la totalidad de la Ley, el TC acota el examen a los artículos 3 (fiestas locales) y 5.1, primer párrafo, 2 y 3 (horarios especiales en las zonas de gran afluencia turística y horarios excepcionales) de la Ley 4/1994, y su título II (infracciones y sanciones). La cuestión es inadmitida en lo relativo al resto de la Ley 4/1994.

El TC llega a esta primera conclusión porque los preceptos legales mencionados son los que daban cobertura a los dos Decretos recurridos en el proceso a quo, es decir, los De-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

cretos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 64/1994, de 23 de junio, por el que se establecen los días en que se autoriza la apertura en domingos y festivos de los establecimientos comerciales, y 70/1994, de 7 de julio, por el que se regulan los procedimientos para la autorización de regímenes especiales en materia de calendario y horario comercial. Para el TC, el resto de preceptos de la Ley 4/1994 no mantienen ninguna relación con ambos Decretos, y de ahí que inadmita su impugnación.

De hecho, el TC se remite prácticamente en su totalidad a la Sentencia 254/2004, de 22 de diciembre. Así pues, la materia en la que se incardinan tales Decretos es la de “comercio interior”, y la norma estatutaria vigente en el momento en que entraron en vigor los Decretos impugnados en el proceso *a quo* era la aprobada por Ley Orgánica 3/1983. De acuerdo con la misma, la Comunidad Autónoma de Madrid podía ejercer la competencia de ejecución, pero carecía de la competencia normativa necesaria para dictar válidamente las normas que se cuestionan. Por ello, ya no hace falta examinar las competencias del Estado con base en el artículo 149.1.13 CE: los artículos 3 y 5.1, primer párrafo, 2 y 3, y el título II de la Ley 4/1994 resultaban inconstitucionales en el momento en que se dictaron, y en el momento en que se planteó el recurso contencioso-administrativo.

Lo cierto es que, con posterioridad a la presentación del recurso contencioso que originó todo el proceso, la Comunidad Autónoma de Madrid asumió la competencia normativa en materia de “comercio interior”, en virtud de la modificación de su Estatuto por Ley Orgánica 5/1998. Es por eso mismo, y de igual modo que sucedió en la STC 254/2004, de 22 de diciembre, que la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales comporta solamente el efecto de su inaplicabilidad por el órgano judicial en el proceso *a quo*. El TC excluye de este efecto a los artículos 10.1 y 11.1.c) de la Ley 4/1994, pues señala que ya fueron considerados inconstitucionales en la STC 254/2004, y no hace falta reiterarlo de nuevo.

Sobre esta concreta exclusión se pronuncia el voto particular de la Presidenta del TC, María Emilia Casas Baamonde: la STC 254/2004 no acordó un fallo estimatorio de inconstitucionalidad con efecto anulatorio, sino un pronunciamiento de inaplicabilidad de los artículos 10.1 y 11.1.c) de la Ley 4/1994, en el concreto proceso judicial que dio lugar a la citada STC 254/2004, y sólo en aquel proceso; por lo tanto, la inaplicabilidad de los artículos 10.1 y 11.1.c) reseñados no puede extenderse a otros procesos. Por su parte, el Magistrado Vicente Conde se remite al voto particular que ya emitió en la STC 254/2004.

### 4. CRÉDITO

El Consejo Ejecutivo del Banco de España acordó la sustitución provisional del Consejo de Administración y de cualquier órgano de administración del Banco Español de Crédito, decisión que fue confirmada por el Ministerio de Economía y Hacienda al resolver el recurso de alzada que se interpuso frente al mismo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el mismo fue desestimado, y

contra la sentencia se interpuso recurso de casación, el cual a su vez es desestimado por la STS de 14 de marzo de 2006, Ar. 1637.

La sentencia rechaza las alegaciones relativas a la falta de prueba y defecto de motivación, y entra a examinar en cuanto al fondo la naturaleza de la medida adoptada. En este sentido afirma que las medidas de intervención y sustitución no tiene como finalidad primaria el reprobación de conductas supuestamente ilícitas, sino el evitar que una situación de peligro potencial se transforme en real. Se trata de medidas que aunque puedan guardar relación con el campo sancionador tienen su propia autonomía e independencia.

A partir de esta reflexión general, se rechazan diversas alegaciones que afectaban a la validez del acuerdo de sustitución provisional del Consejo de Administración del Banco.

Así, se rechaza que en la adopción del acuerdo debieran haberse seguido las garantías de los procedimientos sancionadores y se rechaza también la ilegalidad de la adopción del acuerdo sin audiencia previa, al tratarse de una decisión que requiere ser adoptada con urgencia.

Igualmente se rechazan las alegaciones relativas a la identificación del presupuesto de hecho. La Sala entiende que si se daban los presupuestos de hecho que permitían llegar a la conclusión de que existía una situación que ponía en peligro la efectividad de los recursos propios o la estabilidad, liquidez o solvencia de la entidad.

También se rechaza la imputación de nulidad de las medidas con las que se regula la sustitución por vulneración de preceptos mercantiles. El Tribunal Supremo destaca cómo la propia normativa mercantil admite que se excepcione su régimen en supuestos como el de la intervención administrativa.

Por último se rechaza también la existencia de desviación de poder por falta de prueba, al no haberse acreditado que la razón última de la intervención fuera el desplazamiento del Presidente y sus Consejos.

## 5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Tribunal de defensa de la competencia acordó declarar acreditada la realización por parte del Iguatorial Médico Colegial, SA de Seguros de 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, consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir a 31 miembros de su cuadro médico el abandono de la práctica profesional en una compañía competidora. Así mismo ordenó al citado Iguatorial eliminar la incompatibilidad establecida.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La Audiencia Nacional confirmó la validez del acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnado por el Iguatorio. Frente a la sentencia se interpuso recurso casacional, el cual fue a su vez desestimado por el Tribunal Supremo mediante STS de 22 de marzo de 2006, Ar. 1675.

La entidad recurrente alegó, en síntesis, la existencia de una errónea definición del mercado relevante, la inexistencia de posición de dominio y la vulneración de los principios propios del derecho sancionador en la orden por la que se exige eliminar la incompatibilidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, apoyándose en los argumentos de la sentencia de la Audiencia Nacional rechaza todos los motivos del recurso de casación.

Por lo que se refiere a la determinación del mercado relevante, que se limitó a la oferta privada de seguros de asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Cantabria, se confirma el acierto de esta delimitación al entender que en este tipo de actividad resulta difícil concebir que, salvo en ocasiones excepcionales, los pacientes se trasladen por todo el territorio nacional a la búsqueda de médico, ATS o cualquier otro profesional sanitario.

Frente a la alegación de que no existe posición de dominio al no haberse acreditado que la conducta tuviese como finalidad el impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado, el Tribunal hace suyas las palabras del Tribunal de Defensa de la Competencia. El órgano de defensa de la competencia afirma que “es obvio que la vinculación exclusiva que el Iguatorio impone a los médicos no impide totalmente la formación de otros cuadros por nuevas compañías competidoras, pero sí que lo obstaculiza gravemente, al reducir de forma sustancial el número de posibles integrantes de dichos cuadros”. Por último, se rechaza la vulneración de las reglas propias del derecho sancionador al dictar la orden de suprimir la incompatibilidad, al no tratarse dicha orden de una sanción. Para el Tribunal no se trata de una sanción sino de remover los obstáculos a la libre competencia a través de la eliminación de una cláusula de los Estatutos. Por ello, la orden no infringe el derecho de defensa de la recurrente, no es una sanción, no ha infringido el principio de legalidad y se ha dictado motivadamente.

### 6. ENERGÍA ELÉCTRICA

#### A) Tarifas. Limitación tarifaria y fijación de un precio medio de generación. Derecho a la libertad de empresa

La STS de 22 de marzo de 2006, RJ 2006\1676, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Iberdrola, SA” contra algunas de las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1802/2003, de 26 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2004. Entre las razones expuestas por la senten-

cia, destaca la referente al alcance de la libertad de empresa. El Tribunal subraya que esta libertad se configura como el derecho a emprender y desarrollar cualquier actividad empresarial, de acuerdo con la regulación legal y reglamentaria existente. En consecuencia, la imposición de un límite tarifario o la fijación del precio medio no son contrarios a la libertad de empresa, porque en ninguno de estos dos casos se restringe la posibilidad de realizar una actividad empresarial en el sector eléctrico, sector que, al ser relevante para la consecución del interés general, se encuentra sometido a una regulación intensa.

### **B) Distribución de competencias en materia sancionadora**

La STS de 28 de marzo de 2006, RJ 2006\1767, desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra la Sentencia 95/2004 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona en fecha de 1 de septiembre de 2004, sobre imposición de multas en el sector eléctrico. El Tribunal señala que el elemento clave para determinar la correcta distribución de competencias en materia sancionadora es la extensión de la instalación o aprovechamiento, porque si las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía abarcan más de una Comunidad Autónoma, esto es, no se circunscriben a los límites de su territorio, corresponde la competencia al Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.22 de la Constitución.

### **C) Tarifas. Compensaciones a empresas extrapeninsulares**

La STS de 11 de abril de 2006, RJ 2006\1838, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Unión Fenosa Distribución, SA” contra el Real Decreto 1483/2001, de 27 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2002. La sentencia, que no da razón a la parte recurrente, realiza, entre otras, las siguientes consideraciones. La procedencia de las compensaciones extrapeninsulares se desprende de la propia Ley del Sector Eléctrico, norma en la que se reconoce la peculiaridad de los sistemas eléctricos extrapeninsulares como consecuencia del mayor coste en las actividades de suministro. Al no existir reglamentación específica, es viable que se cumpla la previsión legal mediante la disposición reguladora anual de la tarifa. Esto no constituye una práctica ilegal de *dumping* subvencionada por todos los consumidores españoles de electricidad, porque, a través del mecanismo compensatorio, se permite que los clientes adquieran la energía al precio resultante del mercado liberalizado de la península, con independencia de cual haya sido su coste de producción.

## **7. FOMENTO**

De acuerdo con una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en supuestos de incumplimiento de las condiciones establecidas en un acuerdo subvencional, una vez acreditado dicho incumplimiento, se impone la devolución total de las cantidades percibidas.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En el caso enjuiciado por la STS de 17 de enero de 2006, Ar. 976, la subvención estaba condicionada a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo. La norma reguladora de la ayuda estableció que si el incumplimiento superaba el 50% o implicaba destrucción de empleo se entendería que se trataba de un incumplimiento total.

Una vez acreditado que se dieron los supuestos propios de un incumplimiento total procedía la devolución de lo recibido. Por ello la sentencia entiende que exigir la devolución de todo lo recibido no era desproporcionado, ni vulneraba el principio de confianza legítima, ni tenía carácter sancionador.

En el mismo sentido, la STS de 22 de febrero de 2006, Ar. 797, una vez acreditado el incumplimiento de las obligaciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales, confirma en este caso la validez de la no entrega de las cantidades inicialmente acordadas.

### 8. GANADERÍA

Se impugna por la Asociación española de empresas de la carne el RD 1698/2003 sobre el sistema de etiquetado de la carne de vacuno en la medida en que se entiende que su artículo 2, al definir “tamaño de grupo” vulnera la normativa comunitaria ( Reglamento 1760/2000) y restringe los derechos de los productores españoles de carne de vacuno picada. En concreto, lo que se critica es la prohibición de formar lotes de carne picada en los que se empleen piezas de carne procedentes de animales nacidos y/o sacrificados en distintos países.

La reclamación se fundamenta en que la definición impugnada afecta gravemente a la libre circulación de mercancías en la Unión Europea y que la justificación de la misma, esto es, que con ella se refuerza la seguridad alimentaria no es cierta, ya que la trazabilidad de la carne con dos orígenes es tan robusta como respecto a un solo origen.

El Tribunal Supremo, en su STS de 23 de enero de 2006, Ar. 1789, tras recordar la doctrina conocida e indiscutida sobre la directa aplicabilidad de los Reglamentos comunitarios y su primacía sobre el derecho interno, trae a colación un informe de la Comisión (COM 2004, 316, de 27 de abril de 2004) en el que se interpretó el alcance del Reglamento. A partir de estos datos concluye que la normativa comunitaria ha querido impedir la comercialización de carne picada procedente de países diversos con el fin de asegurar su trazabilidad en defensa de la seguridad y protección de los consumidores. Por ello, el artículo del Real Decreto impugnado es conforme al derecho comunitario, sin que tampoco vulnere el artículo 28 del Tratado CE ni el artículo 38 de la Constitución.

## 9. PESCA

### Ayudas comunitarias.

La Junta de Galicia aprobó un Decreto sobre ayudas para el sector de la construcción naval, el núm. 217/1994, de 23 de junio, relativo a buques pequeños especializados, en el que no se establecía la obligación de comunicar a la Comisión Europea los proyectos que eran susceptibles de recibir tales ayudas.

La Administración General del Estado impugnó el Decreto alegando falta de competencia de la Junta y vulneración de la normativa comunitaria 8, artículo 93.3, del Tratado de la Unión Europea).

El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo, en su **STS de 7 de febrero de 2006**, Ar. 464, estimó el recurso, al entender que el Decreto autonómico vulneraba la normativa comunitaria.

Para el Tribunal Supremo la Comunidad Autónoma Gallega es competente, en principio, para dictar el Decreto impugnado en virtud de lo establecido en el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Galicia en la media en que no sólo le atribuye la competencia para “el desarrollo y ejecución en Galicia de los planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores económicos”, sino de forma más general le atribuye también la competencia para “el fomento y planificación de la actividad económica”. La cuestión a analizar, dice el Tribunal, es si en ejercicio de esta competencia se ha respetado el derecho comunitario en materia de ayudas públicas.

Al respecto da cuenta de la cuestión prejudicial planteada por la Sala, mediante Auto de 22 de diciembre de 2003, y que dio lugar a la Sentencia del TJCE de 21 de julio de 2005, en la que se estableció lo siguiente: “Un régimen de ayudas a la construcción y transformación naval como el establecido por el Decreto núm. 217/1994, de 23 de junio, que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, sobre ayudas a la construcción naval, debe notificarse previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado (actualmente, artículo 88 CE, apartado 3), cuando conste que dicho régimen puede por sí solo generar la concesión de ayudas de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado (actualmente, artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación). En caso de incumplimiento de aquella disposición, incumbe al órgano jurisdiccional nacional deducir de ello todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición”.

Consecuentemente, el Tribunal Supremo, anula el Decreto de la Comunidad Autónoma de Galicia al haberse omitido en su contenido la notificación previa a la Comisión Europea.

No podemos dejar de señalar que el Decreto impugnado es de fecha 23 de junio de 1994, mientras que la sentencia se dictó el 7 de febrero de 2006, casi 12 años después.

### 10. RADIO Y TELEVISIÓN

Ejercicio del derecho de huelga.

La **STC 183/2006, de 19 de junio**, resuelve el recurso de amparo promovido por la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) frente al Real Decreto 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión bajo competencia del Estado.

La doctrina expuesta en esta sentencia es reproducida en la **STC 184/2006, de 19 de junio**, que resuelve el recurso de amparo planteado por la misma Federación sindical, en esta ocasión contra el Real Decreto 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del ente público Radiotelevisión Española (RTVE) y de las sociedades estatales Radio Nacional de España, SA (RNE), y Televisión Española, SA (TVE).

Las **SSTC 191/2006, y 193/2006, ambas de 19 de junio**, resuelven con la misma doctrina los recursos de amparo que la Confederación Sindical de Comisiones Obreras promovió frente a los dos Reales Decretos mencionados.

Los Reales Decretos 527/2002 y 531/2002, de 14 de junio, fueron dictados con ocasión de la huelga general convocada para el día 20 de junio de 2002 en todo el territorio nacional, a excepción del País Vasco y Navarra en que se convocó para el 19 de junio. Establecían como servicios mínimos cuyo mantenimiento debía garantizarse los de “emisión dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada”, y “producción y emisión de la normal programación informativa”. Las entidades recurrentes en amparo consideraron que tales servicios mínimos no estaban suficientemente motivados y resultaban excesivos, lo que hacía perder a la huelga su virtualidad, puesto que impedían que llegara plenamente a conocimiento de los usuarios.

La **STC 183/2006, de 19 de junio**, cuya doctrina es reproducida en las otras sentencias antes citadas del Tribunal Constitucional, puede dividirse en tres partes: en primer lugar, el Alto Tribunal recuerda su doctrina en materia de ejercicio del derecho de huelga y, en particular, las limitaciones que pueden imponerse al mismo en orden a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (artículo 28.2 CE); en segundo lugar, examina si los Reales Decretos, al fijar los servicios mínimos, están suficientemente motivados, y, en tercer lugar, si los servicios mínimos impugnados pueden calificarse como esenciales.

En cuanto al primer aspecto, el TC recuerda que las limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de huelga no pueden rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Señala que, *a priori*, no existe ninguna actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial: sólo lo será —explica el TC— en aquellos casos en que la satisfacción de los bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y, en todo caso, la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores. El TC precisa que no puede alcanzarse el nivel de rendimiento habitual del servicio, ni asegurar su funcionamiento normal. Añade que, en la adopción de tales medidas, la autoridad ha de ponderar la extensión temporal y territorial de la huelga, así como las demás circunstancias concurrentes en la huelga, las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos y que resultan afectados por la huelga. El TC destaca que, cuando ésta se produzca en servicios esenciales de la comunidad, debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos. Finalmente, el mantenimiento de los servicios mínimos no sólo debe tener una justificación especial, sino que debe exteriorizarse adecuadamente.

En cuanto al segundo aspecto tratado por la STC 183/2006, de 19 de junio, esto es, si los Reales Decretos dan cuenta de modo explícito de los intereses tomados en consideración, el TC constata que las respectivas exposiciones de motivos adoptan como criterio el de calificar como servicio público esencial la radiodifusión sonora y la televisión, no sólo por la determinación expresa del legislador, sino también por su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1, apartado d), CE]. Por lo tanto, para el TC las normas impugnadas cuentan con una motivación suficiente.

En el tercero de los aspectos examinados por la STC 183/2006, de 19 de junio, es decir, si los servicios impugnados pueden calificarse como esenciales, el TC señala que encuentra a faltar la ley a que hace referencia el artículo 28.2 CE, y que debería fijar el contenido del derecho de huelga, así como sus limitaciones. Según el TC, esta ausencia no puede ser suplida, sin más, por una ley distinta de la reguladora del ejercicio del derecho de huelga, como, por ejemplo, la Ley 4/1980, de 10 de enero, actualmente derogada por la Ley 17/2006, de 5 de junio. En consecuencia, el TC relativiza el dato de que las dos leyes citadas establezcan que la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales.

En palabras del TC, si se aceptara que la Ley 4/1980 y, posteriormente, la Ley 17/2006, pueden hacer tal calificación global de conjunto de los servicios a efectos de eventuales huelgas, ello iría en contra de la doctrina constitucional, expuesta anteriormente, según la cual “no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial”. El TC destaca que “[s]ólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y en la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (SSTC 26/1981, de 17 de julio, y 51/1986, de 24 de abril)”.

El TC prosigue su razonamiento indicando que, de acuerdo con el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, no basta con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves, sino de especial gravedad. En este análisis, debe ser factor importante a considerar el del momento de ejercicio de cada uno de los derechos. En este sentido, el TC expresa que si el derecho o libertad, que actúa como límite, puede ejercerse en un momento temporal que no coincida con el del ejercicio del derecho de huelga, sin afectar sensiblemente a su funcionalidad, no habrá ninguna razón para dar prioridad a aquél.

La aplicación de esta doctrina al caso concreto conduce a examinar, en primer lugar, la calificación como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada”. Pues bien, para el TC se restringe de manera desproporcionada el derecho de huelga. Se trata de una información que puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, puesto que al tener ésta la condición de pregrabada, no hay la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. Además, parte de esta programación es puro entretenimiento, por lo que, en esa parte, ni siquiera se puede alegar el derecho a comunicar y recibir información, de acuerdo con el artículo 20.1, apartado d), CE. A todo ello, el TC añade la observación del Ministerio Fiscal, relativa a que según la exposición de motivos de los Reales Decretos impugnados, se perseguía la no interrupción del servicio de radiodifusión sonora y de la televisión: ello supone privar de repercusión apreciable a la huelga, por lo que se trata de un motivo más que lleva a concluir que el servicio mínimo, previsto por los Reales Decretos impugnados, lesiona el derecho de huelga.

En segundo lugar, el TC examina el servicio mínimo consistente en “la producción y emisión de la normal programación informativa”. En este caso es evidente la implicación directa entre la adopción de esta medida, y el derecho previsto en el artículo 20.1, apartado d), CE. Sin embargo, la falta de precisión de lo que deba entenderse por “normal programación informativa” conduce al TC a considerar que este servicio mínimo también vulnera el derecho de huelga, puesto que mantener un servicio implica que haya una cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin que se alcance el nivel de rendimiento habitual.

El TC finaliza la sentencia señalando que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, que es susceptible de provocar la interrupción de la actividad de producción y distribución de bienes y servicios. Sólo cuando los bienes y servicios resultan esenciales para la comunidad, y no puede interrumpirse su producción y distribución, es lícita la restricción del derecho de huelga, mediante el establecimiento de unos servicios mínimos. Pero esta restricción debe ser la estrictamente necesaria para la garantía de los derechos. Así pues, para el TC no es la pretensión de interrupción del

servicio la que debe ser justificada por los huelguistas, sino la necesidad de su no interrupción.

La **STC 193/2006, de 19 de junio**, aporta una cuestión nueva al debate sobre el ejercicio del derecho de huelga en los ámbitos de la radiodifusión y la televisión, consistente en analizar si puede delegarse en el Director General del ente público Radiotelevisión Española la “facultad de determinar el personal mínimo necesario para garantizar los servicios mínimos”; se trata de averiguar si tal delegación vulnera o no el derecho fundamental de huelga. El TC recuerda que a la autoridad gubernativa le corresponde un papel irrenunciable en la determinación de las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos, en cuanto está dotada de imparcialidad en relación con las partes en conflicto. En algunos casos puede admitirse que la empresa complete técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre mantenimiento de los servicios esenciales. Sin embargo, en el caso enjuiciado el apoderamiento es tan genérico y amplio a favor de la parte empresarial, que vulnera el ejercicio del derecho de huelga.

## 11. SEGUROS

La Asociación Gallega de Corredores y Corredurías de Seguros interpuso recurso frente al Real Decreto 301/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los libros-registro y el deber de información estadístico-contable de los corredores de seguros y las sociedades de correduría de seguros.

El recurso fue desestimado en todos sus extremos por la **STS de 25 de noviembre de 2005**, Ar. 964 de 2006. Al margen de las cuestiones relativas a los vicios de procedimiento y de falta de competencia que se tratan en la sentencia, nos interesa dar cuenta de las alegaciones que incidían en el contenido de la norma impugnada.

En primer lugar el Tribunal rechaza la alegación relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad. Para ello el Tribunal sostiene que la obligación impuesta de información estadístico-contable es necesaria para poder conocer con certeza el funcionamiento real de los circuitos de distribución de los seguros a los efectos de ejercer adecuadamente las funciones de control y supervisión y poder emprender las necesarias reformas exigidas para modernizar el sector. Además, la carga económica que esta obligación supone para las empresas se juzga como no excesiva.

Se rechaza que se infrinja la ley orgánica de protección de datos, en concreto los artículos 3 y 6 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, ya que la citada ley establece que no será necesario el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de funciones propias de la administración.

Tampoco comparte el Tribunal la opinión de la entidad recurrente, según la cual la imposición del deber de remitir información a la Dirección general de seguros y fondos de

## XIV. Derecho Administrativo Económico

pensiones excede del control fiscalizador que corresponde a esta autoridad administrativa, ni que esta potestad fiscalizadora invada las funciones inspectoras de los funcionarios del Cuerpo Superior de finanzas del Estado.

Por último, se afirma que la denuncia de ilegalidad del reglamento por imponer la obligación a los corredores de seguros y a las sociedades de correduría de seguros de llevar un libro-registro de siniestros tramitados, carece de fundamento, porque como alega el Abogado del Estado, este deber se corresponde con las obligaciones que establece el artículo 14.3 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación de seguros privados, a los corredores de seguros de prestar asistencia y asesoramiento a los asegurados en caso de siniestro, lo que promueve que la Administración pueda verificar el desarrollo de esta actividad profesional que se les encomienda directamente.

### 12. TELECOMUNICACIONES

#### A) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Potestad normativa. Circulares

La STS de 1 de febrero de 2006, RJ 2006\466, estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Telefónica de España, SAU” contra la Sentencia de 26 de febrero de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Esta última sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquella misma entidad contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de julio de 1998, por la que se publicó la Circular 1/1998, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales telemáticos e interactivos por los operadores que disfruten de una posición de dominio.

La Circular 1/1998, origen de la disputa, tiene por objeto establecer los criterios con arreglo a los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones analizará la adecuación a las exigencias de salvaguarda de la libre competencia de determinados comportamientos de las entidades con posición de dominio operantes en el sector que actúen como anunciantes en campañas publicitarias. De este modo, los operadores que tengan la consideración de dominantes en los mercados de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, habrán de efectuar sus campañas publicitarias de conformidad con las exigencias de la libre competencia. Se entenderá que existe esta conformidad cuando dichas campañas no constituyan barreras a la entrada de nuevos operadores. Estas barreras podrán tener su origen en la realización de gastos publicitarios excesivos, entendiéndose por tales aquellos que se determinan en función de un conjunto de criterios que señala la propia Circular.

El Tribunal Supremo entra a examinar el alcance de la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y del resultado de su ejercicio, esto es, de sus Circulares y, en particular, su relación con el principio de legalidad. En este punto, reitera

la doctrina ya establecida por el mismo órgano en la previa STS de 20 de diciembre de 2004. Llevadas estas consideraciones al caso enjuiciado, el Tribunal sostiene: “hemos de resolver en el presente litigio (...) si corresponde al organismo regulador sectorial la definición vinculante, abstracta y *a priori* (...) de un subtipo o modalidad de lo que no es sino una conducta sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia”, es decir, de la prohibición allí contenida del abuso de posición dominante. Y concluye: “La respuesta ha de ser negativa pues, a nuestro juicio, una definición de este género no queda amparada en la facultad que el (...) artículo 1, apartado dos, segundo, letra f), de la Ley 12/1997, de 24 de abril, confería, en el momento en que se dictó la Circular impugnada, a aquel organismo”, precepto en el que se reconoce como función de la Comisión la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, a cuyos efectos queda habilitada para dictar instrucciones vinculantes para las entidades que operen en el sector.

### **B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Potestad normativa. Circulares**

La STS de 8 de marzo de 2006, RJ 2006/1670, resuelve un recurso de casación formulado por la entidad “Telefónica de España, SAU” frente al acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 21 de junio de 2001, por el que se aprueba la Circular 1/2001, de 21 de junio, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

Inicialmente, la compañía recurrente cuestionó la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tanto en lo que se refiere a su alcance como ámbito objetivo propio. Si bien el Tribunal Supremo rechaza dicha interpretación recordando la doctrina sentada, entre otras, en las Sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2006.

En segundo lugar, se considera que la Circular en cuestión no impone deber alguno a los operadores de acceso distinto de aquellos que tuviera ya previamente en relación con los abonados. Pues se afirma que, siendo muy diferentes las modalidades de preselección del nuevo operador, es perfectamente posible que el operador de acceso siga obligado a prestar al abonado determinados servicios, incluidos los que correspondan en función de su posición originaria como operador de red pública de telefonía fija que tiene la consideración de dominante.

Un segundo motivo de casación se refiere a la regulación del consentimiento del abonado. En este sentido, la Sentencia considera que, aunque la fórmula prevista en la Circular para evitar un uso fraudulento de este consentimiento pueda no ser la más acertada, ello no supone la nulidad de la norma.

Por último se analiza la denominada “preselección virtual”, considerando que ésta carece de la naturaleza propia de las sanciones administrativas, pues no es sino un sistema

## XIV. Derecho Administrativo Económico

subsidiario para hacer más efectivo el derecho a elegir sin trabas el operador que cada abonado prefiera.

### **C) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Requerimiento de información**

La STS de 7 de marzo de 2006, RJ 2006/1668, resuelve el recurso de casación planteado por la entidad “Telefónica de España, SA” frente la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de octubre de 2001, en la que se formuló requerimiento de información a la recurrente derivado de la adjudicación de la red de comunicaciones de banda ancha para comunicar la red sanitaria catalana.

Un primer elemento a destacar de esta sentencia es el alcance que el Tribunal Supremo reconoce a las potestades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones. Pues, según el Tribunal, éstas pueden ejercitarse en cualquier momento temporal, siempre que se produzca un hecho nuevo que pueda tener trascendencia a los efectos competenciales.

La compañía recurrente alega también falta de motivación del acto de requerimiento de información aprobado por la mencionada Comisión. Sin embargo, el Tribunal desestima dicho motivo al considerar que éste no es un acto de terminación del procedimiento administrativo, sino un acto de trámite, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Desde esta perspectiva, afirma que la motivación viene dada por el fin que persiguen –acopio de material instructorio– y por el objeto del procedimiento dentro del cual se insertan. Señalando que la exigencia de un plus de justificación llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar la investigación.

Por último, se alega desviación de poder de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si bien el Tribunal considera que los requerimientos de información no son más que una consecuencia lógica del ejercicio de las potestades que la Ley confiere a la CMT, teniendo en cuenta, además, que Telefónica de España es un operador que actúa en diversos sectores del mercado de telecomunicaciones, teniendo en muchos de ellos carácter de operador dominante, de manera que “no es raro que se le requiera para que informe sobre sus actuaciones cuando (...) puedan influir de forma decisiva en el mercado de comunicaciones”.

### **D) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Requerimiento de información**

La STS de 9 de marzo de 2006, RJ 2006\1004, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Telefónica de España, SA” contra la Sentencia de 8 de abril de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta última sentencia, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma entidad contra las Resoluciones del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de octubre de 2001 y de 11 de diciembre del mismo

año, por las que se requería a la parte actora que proporcionase determinada información en relación con los acuerdos de colaboración que hubiera cerrado con asociaciones, federaciones y cualesquiera otras asociaciones de empresas.

El recurso de casación se funda en tres motivos, todo ellos desestimados por la sentencia de instancia y ahora también por el Tribunal Supremo: la supuesta caducidad del expediente informativo en el que se había solicitado la referida información, la supuesta falta de motivación de las resoluciones recurridas y, por último, la existencia de desviación de poder en la decisión tomada por el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En relación con este último motivo de impugnación, el Tribunal afirma que la parte recurrente no ha aportado indicio alguno de que los requerimientos de información acordados respondiesen a causas ajenas al cumplimiento, por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de su competencia de supervisión del mercado de las telecomunicaciones.

### **E) Obligaciones impuestas al operador dominante: fijación de las condiciones y tarifas de interconexión**

La STS de 21 de febrero de 2006, RJ 2006/1561, resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad “Telefónica de España, SAU” y “Telefónica, SA”, contra las Órdenes del Ministerio de Fomento de 29 de octubre de 1998 por la que se aprueba la oferta de interconexión de referencia formulada por “Telefónica, Sociedad Anónima”, con las modificaciones introducidas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y de 26 de noviembre de 1998, por la que se determina la fecha de efectividad de las tarifas de interconexión de referencia de Telefónica a los operadores del servicio de telefonía móvil automática.

Dicho recurso de casación se fundamenta, principalmente, en motivos de carácter procedimental, al considerarse vulnerado el procedimiento de aprobación de las tarifas de interconexión, así como el derecho de la compañía recurrente a formular alegaciones.

En primer lugar, el Tribunal Supremo, haciendo suyos los pronunciamientos de la Sala de instancia, considera que la instrucción del procedimiento de aprobación de la oferta de interconexión por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no supone una dejación de las competencias del Ministerio de Fomento en esta materia, pues corresponde a éste, en último lugar, la potestad para aprobar las tarifas de interconexión.

Asimismo, rechaza el segundo motivo de casación, la omisión del trámite de alegaciones en el procedimiento de aprobación de las mencionadas tarifas de interconexión, al constatar que, al analizar informe definitivo de la Ponencia de Interconexión, se procedió a la oportuna apertura de un trámite de alegaciones ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, por lo que no puede afirmarse que se hayan omitido trámites esenciales del procedimiento, ni que se haya producido indefensión.

Finalmente, se alega un tercer motivo de casación, señalando que la sentencia recurrida infringe la Ley General de Telecomunicaciones por no haber tomado en consideración el principio de orientación de costes. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, dando por buena la valoración de los costes de interconexión realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, confirmando, no sólo su potestad para establecer los criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes, sino también para comprobar que el sistema contable adoptado en cada caso por los titulares de redes se adapta a aquéllos.

#### **F) Televisión por cable. Transformación parcial del título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicación por cable**

En este apartado se analizan conjuntamente las SSTS de 23, 24 y 25 de enero y 21 y 28 de febrero de 2006, RJ 2006\730; 2006\609; 2006\732; 2006\482; 2006\415; 2006\999; 2006\722. Todas ellas resuelven recursos semejantes con identidad de planteamientos, en virtud del principio de unidad de doctrina. Se dictan todas como consecuencia de recursos de casación interpuestos por distintas entidades mercantiles, que operan en el sector de las telecomunicaciones, contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, a su vez, habían desestimado los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra resoluciones administrativas sobre transformación parcial del título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable. Siguiendo el criterio ya fijado en sentencias precedentes, por ejemplo, la de 13 de abril de 2005, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en todos los casos.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo desestima los motivos en los que la parte actora basa la impugnación. Resultaría excesivamente prolijo la enumeración de todos ellos, habida cuenta del gran número de sentencias dictadas. No obstante, los principales y más reiterados son los siguientes: el vídeo bajo demanda debe incluirse en el marco de una concesión administrativa y no en un régimen plenamente liberalizado bajo la cobertura de licencias individuales o autorizaciones provisionales; se objeta el mantenimiento del 90% de la garantía prestada originariamente para asegurar el cumplimiento de obligaciones de servicio público; la indebida denegación de los costes y gastos producidos por el mantenimiento de los avales; el mantenimiento de la obligación de cobertura territorial como obligación de servicio público resulta contrario a los principios de igualdad y no discriminación, al suponer la imposición de desventajas competitivas que tienen el efecto de distorsionar de forma permanente el funcionamiento del mercado liberalizado, en perjuicio de la entidad recurrente y respecto de los restantes operadores que explotan redes públicas de telecomunicaciones; la imposición de obligaciones de carácter público rompe el equilibrio que debería presidir el procedimiento de transformación parcial de las concesiones, generando un daño indemnizable; y las obligaciones de red no deben ser concebidas como obligaciones de servicio público y, en todo caso, como compensación al cumplimiento de tales obligaciones no se debería gravar con la garantía definitiva. Todos estos motivos de impugnación, más los específicos contenidos en cada casación, como decimos, son desestimados por el Tribunal Supremo.

### 13. TRANSPORTES

#### A) Auto-taxi

El conflicto surgido en torno a la adjudicación de unas licencias de auto-taxi plantea la cuestión de cómo puede acreditarse la dedicación plena y exclusiva para determinar la antigüedad en el servicio de asalariado del taxi.

Esta cuestión constituye el objeto central del debate jurídico de la **STS de 9 de marzo de 2006**, Ar. 1762.

En efecto, adjudicadas unas licencias, el recurrente sostuvo que la antigüedad a computar para proceder a adjudicar la licencia debía ser la acreditada mediante el permiso municipal de conducir y el certificado sobre aplicación a la Seguridad Social. Frente a esta tesis, el Ayuntamiento mantenía que la antigüedad podía acreditarse con otros medios de prueba.

El recurrente vio estimado su recurso en primera instancia, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia mediante su resolución antes citada. Para el Tribunal Supremo los artículos 12 y 13 del Reglamento del servicio del taxi llevan a concluir que la dedicación plena y exclusiva puede acreditarse mediante el permiso municipal de conducir y el certificado de la Seguridad Social, mientras que la antigüedad puede acreditarse, además de por los medios anteriores, por cualquier otro medio de prueba.

#### B) Transporte por carretera. Concesión

El objeto de la sentencia que comentamos es la adjudicación definitiva de una concesión de servicio público regular permanente de uso general en transportes por carretera, otorgada en sustitución de otra de igual denominación. Impugnada la concesión, el recurso fue desestimado en primera instancia, pero interpuesto recurso casacional el Tribunal Supremo lo estimó mediante la **STS de 14 de febrero de 2006**, Ar. 1749, en lo concerniente a un aspecto concreto de la concesión.

La concesión impugnada modificó, a petición de su titular inicial, algunos aspectos de su contenido. La entidad recurrente basó su recurso en la imposibilidad de ir introduciendo sucesivas ampliaciones o modificaciones a la concesión inicial, y en el hecho de producirse con la modificación autorizada una superposición de tráfico con respecto a la concesión que ella detentaba.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, rechaza los motivos formales del recurso de casación, pero estima la cuestión de fondo que se le plantea al alegar infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables.

#### **XIV. Derecho Administrativo Económico**

El tema objeto de debate era si el levantamiento de la prohibición de tráfico de viajeros entre dos puntos que incluye la nueva concesión afectaba o no a la concesión que poseía la recurrente en exclusiva. Para el Tribunal de instancia tal levantamiento era posible al haber abandonado este trayecto la recurrente, sin que fuera necesario haber acordado previamente la caducidad de la concesión para reconocerle derecho a este tramo en la modificación concesional que se impugna.

Para el Tribunal Supremo, los artículos 72.1 y 80.1 de la LOTT reconocen a los concesionarios un derecho claro a la exclusividad, que sólo puede alterarse de forma excepcional. Los tráficó coincidentes sólo serán posibles previo abandono, expreso o tácito del servicio, y tras un requerimiento previo de la Administración conminado a la prestación del mismo.

Al no existir requerimiento previo, ni acreditación del abandono del servicio, el Tribunal Supremo estima el recurso casacional y restablece la prohibición de tráfico entre los puntos coincidentes con la concesión del recurrente.

**ALFREDO GALÁN GALÁN**  
**JOSEP MOLLEVI BORTOLO**  
**JOAQUÍN TORNOS MAS**



**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Etiquetado de carne de vacuno. **2. Deporte.** A) ¿Pueden existir federaciones autonómicas de fútbol-sala como modalidades deportivas distintas a la de fútbol? **3. Educación.** A) No universitaria. a) Exigencias para la reducción de concierto educativo. b) Régimen laboral de los profesores de religión. B) Universitaria. a) Legitimación de los profesores de un Departamento para recurrir acuerdos del Consejo. b) Las facultades de revisión de la Comisión de Reclamaciones. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Extradición. D) Asilo y condición de refugiado. E) Nacionalidad. **5. Juego.** A) La prestación de servicios de “central de llamadas” para una casa de apuestas, ¿está exenta de IVA, como lo están las apuestas, loterías y otros juegos de azar? **6. Sanidad.** A) Reembolso de gastos médicos incurridos en otro Estado miembro de la Comunidad Europea. B) Reserva de dispensación farmacológica. C) Legalidad del Reglamento que establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

**1. CONSUMO****A) Etiquetado de carne de vacuno**

La STS de 25 de enero de 2006, Ar. 1789, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de Empresas de la Carne contra el Real Decreto 1698/2003, de 12 diciembre, por el que se establecen disposiciones de aplicación de los reglamentos comunitarios sobre el sistema de etiquetado de la carne de vacuno. Al respecto señala que es obvio que la implantación del sistema de etiquetado de la carne de vacuno objeto de impugnación va a comportar modificaciones relevantes en el tradicional modo de producir y comercializar aquélla. Sin embargo, el articulado muestra la importancia de una correcta identificación de sacrificios, despieces, etc., en aras a garantizar

la rastreabilidad de una forma que garantice la adecuada identificación. Una concreta forma de actuar en las estructuras de producción y transformación como la manifestada por la entidad recurrente no puede petrificarse sino que debe acatar el importante objetivo derivado de la norma impugnada como es lograr una mayor transparencia en la manera de producir y comercializar la carne de vacuno y de los productos basados en carne de vacuno potenciando su trazabilidad. Las dificultades de desarrollo en la tradicional actividad industrial no pueden constituir una rémora en la satisfacción del interés general.

Lo significativo es atender al fin propuesto por la norma reguladora del etiquetado, es decir, tener un conocimiento cabal y exacto del origen de la carne que entra en un proceso de transformación mediante su incorporación al comercio. La trazabilidad de un producto alimenticio como la carne es una herramienta decisiva para la seguridad y protección de los consumidores. Por ello se habilitan mecanismos que permitan conocer con exactitud la procedencia de la carne desde la fase productiva a la de comercialización. Una interpretación contraria chocaría con el objetivo previsto por los antedichos Reglamentos comunitarios. En resumen, el Real Decreto del que el artículo 2 es objeto de impugnación no gira alrededor del etiquetado en sí de la carne de vacuno sino en la fijación de un sistema que garantice una relación entre la identificación de la carne y el animal o los animales de que procede a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución para lo cual se fija un número de referencia que garantice el ejercicio de la actividad empresarial en condiciones que ofrezcan una mayor garantía a los consumidores. Tal regulación no requiere norma con rango legal al constituir su antecedente un Reglamento comunitario de aplicación directa.

## 2. DEPORTE

### A) ¿Pueden existir federaciones autonómicas de fútbol-sala, como modalidades deportivas distintas a la de fútbol?

La STS de 31 de marzo de 2006, Ar. 1721, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y la Federación andaluza de fútbol-sala contra la Sentencia del TSJA que había anulado la Resolución que reconocía la Federación de fútbol-sala. En origen esta Resolución, después de declarar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de deporte de acuerdo con el artículo 13.31 del Estatuto de Autonomía llega a la conclusión, como lo hizo la precedente de la Dirección General, que el fútbol-sala es una modalidad deportiva distinta e independiente del fútbol y que por tanto al no existir Federación Andaluza de dicha modalidad es posible su constitución conforme al artículo 4 del Decreto 146/1985, de 26 de junio, avalando dicho pronunciamiento con la decisión de la Comisión Europea –Dirección General de la Competencia– a favor de la independencia del fútbol-sala, Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 23 de enero de 1988 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de junio de 1991.

## XV. Bienestar, Consumo, Educación y Sanidad

La sentencia recurrida recuerda que en toda actuación referente a la constitución, organización y estructura de una Federación Andaluza de Deporte no sólo debe tenerse en cuenta la normativa autonómica, constituida por el Decreto 146/1985 y la Orden de 17 de enero de 1990, sino también la norma estatal, Ley 10/1990, de 15 de octubre. Pero este recordatorio que hace la sentencia recurrida, a modo de inciso, no debe ocultar aquel postulado primero con el que la Sala de Sevilla inicia el razonamiento, esto es, el expreso reconocimiento de que el deporte es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía según lo previsto el artículo 13.31 del Estatuto de Autonomía. Asimismo, la sentencia recurrida pone de manifiesto que el motivo determinante para denegar la aprobación de los estatutos y la inscripción provisional de la Federación Andaluza de Fútbol-Sala no proviene de la legislación estatal sino que resulta de aplicar la normativa dictada por la Junta de Andalucía en ejercicio de sus competencias, en particular, de lo dispuesto en el artículo 11.1.a) del Decreto 146/1985, de 26 de junio.

En efecto, para que pueda constituirse una nueva federación el mencionado artículo 11.1.a) del Decreto 146/1985 exige que dicho deporte no esté integrado en una Federación Española o Andaluza ya existente, lo que lleva a la Sala de Sevilla a concluir que no procede la inscripción que se pretende pues el fútbol-sala se encuentra integrado en la Federación Española y Andaluza de Fútbol como una especialidad de este deporte. Frente al argumento, reiterado en casación, de que la integración en la Federación Española de Fútbol como “especialidad” no impide el reconocimiento como “deporte” o “modalidad deportiva”, la sentencia de instancia deja claro en su fundamento jurídico tercero, que “(...) esta Sala no va a decidir si el fútbol-sala es una modalidad distinta e independiente del fútbol ya que carece de conocimientos técnicos sobre ello, (y), además, ni en el expediente ni en los autos existe informe o prueba alguna que acredite las diferencias entre uno y otro y la entidad de las mismas para calificarlo como modalidad deportiva o especialidad del fútbol”. Hecha esa precisión sobre el alcance de la controversia, la Sala de Sevilla constata que el fútbol-sala se encuentra integrado en la Federación Española y Andaluza de Fútbol como una especialidad de este deporte y deriva de ello la conclusión de que no cabe entonces la inscripción de la federación andaluza de fútbol-sala por ser contrario a lo dispuesto en el mencionado artículo 11.1.a) del Decreto 146/1985.

Es cierto que la sentencia recurrida deja apuntada otra razón que pudiera considerarse impeditiva de la inscripción de la federación andaluza de fútbol-sala, pues alude a la posible incompatibilidad de tal inscripción con lo dispuesto en los artículos 12.3 y 34 de la Ley 10/1990 y en el artículo 4 del mencionado Decreto 146/1985 de la Junta de Andalucía, disposiciones que determinan la existencia de una sola federación por cada modalidad deportiva. Pero es indudable que la invocación de tales preceptos no se erige en el fundamento de la decisión. Más bien al contrario, la propia sentencia se plantea como hipótesis que esas disposiciones no fuesen por sí mismas decisivas para denegar la inscripción (“aunque se pudiera soslayar el artículo 4 del Decreto y el 34 de la Ley sobre la existencia de un sola Federación por cada modalidad deportiva...”) para llegar a la conclusión de que tampoco entonces podría autorizarse la aprobación de los estatutos ni la inscripción de la federación de fútbol-sala en virtud de lo dispuesto en aquel artículo 11.1.a) del Decreto 146/1985. Por tanto, es la aplicación de esta última norma el moti-

vo determinante de la decisión adoptada en la sentencia recurrida; y siendo ello así, no puede prosperar la pretensión de las recurrentes de que por vía del recurso de casación, y mediante la invocación de diversas disposiciones de la legislación estatal, se corrija la interpretación que hace el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de aquel precepto de derecho autonómico.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Exigencias para la reducción de concierto educativo

La STS de 19 de enero de 2006, Ar. 459, continúa una asentada línea jurisprudencial en materia de modificación de conciertos educativos, exigiendo a la Administración –para la válida reducción de las unidades escolares concertadas– la cumplida motivación que la justifique. También se aborda esta problemática, con algún matiz propio, en la STS de 31 de marzo de 2006, Ar. 1720.

##### b) Régimen laboral de los profesores de religión

La STS de 16 de febrero de 2006, Ar. 825, mantiene también su jurisprudencia (vid. SSTs de 25 de enero y 2 de febrero de 2005, Ar. 1572 y 1168) –coherente, a su vez, con la de la Sala de lo Social– con respecto a que el régimen de los profesores de religión católica es el de la contratación laboral.

#### B) Universitaria

##### a) Legitimación de los profesores de un Departamento para recurrir acuerdos del Consejo

La STC 172/2006, de 5 de junio, interpreta la restrictiva dicción literal del artículo 20.a) LJCA (que impide interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública a “los órganos de la misma y a los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente”) –en línea con su anterior STC 220/2001, de 31 de octubre y su ATC 397/2005, de 8 de noviembre– en el sentido de reconocerle legitimación activa para recurrir un acuerdo del Consejo de su Departamento universitario (relativo a una modificación de la programación académica) a una profesora funcionaria miembro del mismo, a la que le afectaba, que había votado en su contra y cuyo recurso contencioso-administrativo había sido inadmitido con fundamento en una interpretación literal y estricta del mencionado artículo 20.a) LJCA. Lo que en la resolución del recurso de amparo se considerará lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

### b) Las facultades de revisión de la Comisión de Reclamaciones

La STS de 12 de enero de 2006, Ar. 489, se enfrenta con las facultades –y, sobre todo, los límites– de la Comisión de Reclamaciones de cada Universidad (del artículo 43 de la LORU de 1983), resolviendo, de acuerdo con jurisprudencia constitucional que cita, que aquéllas no se limitan a los aspectos formales del concurso para la provisión de la plaza: “la fiscalización del mantenimiento de los principios de mérito y capacidad y el de igualdad permiten el análisis de fondo del asunto, aun cuando lo sea sólo con una eficacia anulatoria y no sustitutiva del criterio de la Comisión de Calificación”.

## 4. EXTRANJEROS

### A) Permiso de trabajo y de residencia

La STS de 22 de diciembre de 2005, Ar. 755 de 2006, al hilo de un caso concreto, ratifica la doctrina establecida en la STS de 6 de abril de 2004 sobre las diversas modalidades de autorización del trabajo de extranjeros, una de los cuales es la que puede considerarse régimen general, mientras que otra es la constituida por el “contingente”.

La STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 1553, de 2006, tiene importancia, además de por alguna interpretación destacada sobre el procedimiento contencioso-administrativo “abreviado” (sobre la que aquí no procede detenerse), porque afirma con rotundidad –frente a lo resuelto por la Sala de Instancia– no sólo que el régimen legal para las solicitudes de permiso de trabajo en caso de ausencia de resolución expresa es el del silencio positivo, sino que la vía del artículo 29 LJCA (prevista para la inactividad material de la Administración) es pertinente a efectos de su obtención material.

### B) Denegación de entrada y expulsión

La STC 169/2006, de 5 de junio, resuelve un recurso de amparo relativo a la inadmisión a trámite por un Juzgado de Instrucción de una solicitud de *habeas corpus* de un extranjero que había sido interceptado en una patera. A diferencia de lo resuelto en la STC 303/2005, de 24 de noviembre (en aquel caso la solicitud de *habeas corpus* se produjo una vez que el Juez había aplicado el artículo 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 y, por lo tanto, el Juez ya había oído al detenido, con intérprete y asistido por Letrado y había dictado Auto disponiendo su ingreso en un centro de internamiento por un período máximo de cuarenta días, que no habían transcurrido en el momento de promoverse el procedimiento judicial previsto como garantía de la libertad personal), en el presente caso sí se concederá el amparo al no resultar acreditado que el Juez hubiese oído con anterioridad al internado: ya que no puede considerarse conforme al artículo 17.4 CE “la inadmisión a limine, aun cuando la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de *habeas corpus*. Esta institución está configurada en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad

personal (como es el previsto en el artículo 61 de la Ley de Extranjería) y únicamente en los casos en los que por la mera coincidencia temporal se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a la decisión de admisión o no del procedimiento de *habeas corpus* –supuesto de la STC 303/2005– podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento”.

Seis SSTS de 3 de febrero, Ar. 477 a 480 y 1485 y 1486, otras cuatro de 17 de febrero, Ar. 785 a 787 y 1557 y otra de 22 de marzo de 2006, Ar. 1007, reiteran la doctrina contenida en la STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 791, que no considera contraria al artículo 24.1 CE el establecimiento reglamentario del preceptivo recurso de alzada frente a la resolución gubernativa denegatoria de entrada en territorio español.

Ahora bien, relacionada directamente con la materia a la que se refieren las sentencias mencionadas en el párrafo anterior, hay que destacar también la STS de 28 de febrero de 2006, Ar. 808, porque interpreta que, solicitada la suspensión en el momento de recurrir en alzada contra la resolución denegatoria de entrada (y, por lo tanto, en el plazo más breve posible para llevar a cabo el retorno, que es de 72 horas, según el artículo 60.1 de la Ley y 137.3 del Reglamento de Extranjería), no es conforme a Derecho la ejecución material del retorno que se produjo sin haberse resuelto antes sobre esta suspensión solicitada en vía administrativa. Para el Tribunal Supremo, significativamente, “la única manera de compaginar ambos preceptos [por un lado, el artículo 137.6 del Reglamento que establece que la resolución denegatoria de entrada no pone fin a la vía administrativa (y, en consecuencia, es recurrible en alzada en el plazo de un mes); y, por otro lado, el artículo 60.1 de la Ley que establece que la ejecución del retorno se realizará en el plazo más breve posible] es interpretándolos en el sentido de que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo, interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión”.

Las SSTS de 15 de diciembre de 2005, Ar. 1548 de 2006, y 23 de marzo de 2006, Ar. 1599, y de 30 de marzo de 2006, Ar. 1656, anulan sendas resoluciones denegatorias de entrada por estar basadas en un Informe-Propuesta que contenía datos nuevos decisivos sobre los que los interesados no habían tenido la oportunidad de aportar sus alegaciones. Por su parte, la STS de 16 de marzo de 2006, Ar. 1646, también anula una denegación de entrada, basándose en anterior jurisprudencia (STS de 1 de abril de 2005, Ar. 3309) consistente en que tal denegación no puede basarse sólo en la no presentación de documentos justificativos de la estancia, sino únicamente cuando haya datos o circunstancias que levanten sospechas de que el objeto o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad; o cuando, por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto o aquellas condiciones.

En materia de expulsión, son varias las resoluciones que analizan tanto el requisito esencial de su debida motivación como la proporcionalidad misma de la medida (atendiendo a las circunstancias de cada caso). Así, en algunas sentencias se ratifica la expulsión (SSTS

de 9 de diciembre de 2005, Ar. 1383 de 2006, y de 22 de diciembre de 2005, Ar. 1336 de 2006) y en otras se anula porque no constaba ningún otro dato negativo aparte de la pura estancia ilegal (SSTS de 27 de enero de 2006, Ar. 1459 y 1460). Por su parte, la STS de 16 de marzo de 2006, Ar. 1647, anula una orden de expulsión por irregularidades en el procedimiento (del tipo sancionador): cambio de instructor y, sobre todo, no notificación de nueva propuesta de resolución que introducía hechos nuevos más gravosos.

### C) Extradición

La STC 177/2006, de 5 de junio, resuelve un recurso de amparo presentado por un ciudadano español que luego había adquirido la nacionalidad francesa, contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó su entrega a Francia en virtud de una orden europea para cumplir condena por robo a mano armada. De esta Sentencia podemos destacar aquí, resumidamente, que, a partir de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2003, relativo a la orden europea de detención y entrega, se “ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se impone a los Estados miembros no pueden ser sometidos a dicha exigencia”. Ahora bien, procede conceder el amparo si la resolución judicial de extradición no recoge la exigencia –reconocida por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 91/2000– del condicionamiento de la entrega a que el Estado requirente haya de ofrecer al reclamado la posibilidad de revisión de la Sentencia penal condenatoria dictada en su ausencia (por violación del artículo 24.2 CE); o si la resolución judicial no cuenta con el consentimiento del interesado en el caso de que éste tenga la nacionalidad española (por violación del artículo 24.1 CE).

Por su parte, la STS de 22 de diciembre de 2005, Ar. 756 de 2006, reitera su doctrina (contenida en Sentencias de 22 de noviembre de 2002, Ar. 10764, y 20 de enero de 2003, Ar. 1471) sobre las facultades que corresponden a la jurisdicción penal y al Gobierno, respectivamente. Y por lo que se refiere a estas últimas, recuerda que es un acto de soberanía que no tiene por función controlar la legalidad de lo efectuado en la fase judicial previa (lo que, además, dice el Tribunal Supremo, sería contrario a los mandatos constitucionales que proclaman la independencia y exclusividad el ejercicio del poder judicial).

### D) Asilo y condición de refugiado

Han sido muchas las sentencias recaídas en materia de solicitudes de asilo, pero su doctrina no aporta novedades, ya que muchas de ellas se limitan a ratificar la legalidad de la inadmisión a trámite. Algunas otras anulan tal inadmisión *a limine*, ordenando la tramitación entera del procedimiento hasta la resolución final (SSTS de 10 de febrero, Ar. 635, de 17 de febrero, Ar. 679, 680 y 681, de 27 de febrero, Ar. 915, de 28 de febrero, Ar. 802, 805, 807, 810 y 916, de 16 de marzo, Ar. 1642, 1643 y 1644, de 23 de marzo, Ar. 1598 y 1600, y de 30 de marzo de 2006, Ar. 1654 y 1657).

Por su parte, las SSTS de 26 de enero, Ar. 420, y de 10 de febrero, Ar. 638, y de 16 de marzo de 2006, Ar. 1645, ratifican la legalidad de la denegación. Finalmente, la STS de 2 de septiembre de 2005, Ar. 1540 de 2006, anula una denegación de asilo por entender que concurrían en el caso indicios suficientes para concluir que los solicitantes de asilo sufrían un temor a ser perseguidos por el Estado de su país (Cuba) por causas políticas.

### **E) Nacionalidad**

La STS de 7 de febrero de 2006, Ar. 778, anula una denegación de nacionalidad española interpretando más flexiblemente el requisito de la acreditación de la legalidad de su permiso de trabajo.

## **5. JUEGO**

### **A) La prestación de servicios de “central de llamadas” para una casa de apuestas, ¿está exenta de IVA, como lo están las apuestas, loterías y otros juegos de azar?**

La STJCE de 13 de julio de 2006, As. “United Utilities”, C-89/05, resuelve la cuestión prejudicial planteada por la “House of Lords” que textualmente pregunta si se aplica la exención de las apuestas, establecida por el artículo 13, parte B, letra f), de la Sexta Directiva IVA a los servicios de una persona, que realiza prestaciones de servicios por cuenta de otra persona, que consisten en aceptar las apuestas de clientes y en comunicar a éstos la aceptación de las mismas. En otros términos el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 13, parte B, letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios de “central de llamadas”, realizada en beneficio de un corredor de apuestas telefónicas, que incluye la aceptación de las apuestas en nombre de dicho corredor por parte del personal del prestador de esos servicios, constituye una operación de apuestas en el sentido de esta disposición y puede, por tanto, gozar de la exención del IVA en ella prevista.

Para responder a esta cuestión el Tribunal de Justicia recuerda que los términos empleados para designar las exenciones previstas en el artículo 13 de la Sexta Directiva se han de interpretar restrictivamente, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo. Y en lo que concierne concretamente a las apuestas, loterías y otros juegos de azar, destaca que la exención de la que gozan se justifica por razones de índole práctica, dado que la aplicación del IVA en las operaciones relativas a los juegos de azar resulta difícil (Sentencia de 29 de mayo de 2001, Freemans, C-86/99, Rec. p. I-4167, apartado 30) y no por la voluntad de garantizar un trato más favorable en materia de IVA a esas actividades, como ocurre en el caso de ciertas prestaciones de servicios de interés general que se realizan en el ámbito social.

Tal como se desprende de la resolución de remisión, la prestación de servicios que efectúa Vertex consiste en aportar el personal, los locales y el equipamiento telefónico e informático necesario para poder recabar las apuestas en cuestión, cuyo objeto y cuota, sin embargo, fija el beneficiario de esta prestación, en este caso, Littlewoods, por lo que tal actividad no puede calificarse de operación de apuestas en el sentido de esta disposición. Por lo tanto, a la vista de las consideraciones que preceden, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 13, parte B, letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la prestación de servicios de “central de llamadas”, realizada en beneficio de un corredor de apuestas telefónicas, que incluye la aceptación de las apuestas en nombre de dicho corredor por parte del personal del prestador de esos servicios, no constituye una operación de apuestas en el sentido de esta disposición y, por tanto, no puede gozar de la exención del IVA en ella prevista.

### 6. SANIDAD

#### A) Reembolso de gastos médicos incurridos en otro Estado miembro de la Comunidad Europea

La **STJCE de 16 de mayo de 2006, As. The Queen, C-372/04**, resuelve una importante cuestión prejudicial que aquí no podemos recoger en su integridad pero sobre la que sí merece la pena llamar la atención, ya que su interpretación (vinculante para todos, recuérdese) del Derecho comunitario se refiere a un problema cada vez más extendido, cual es el del desplazamiento a otro Estado miembro para recibir atención sanitaria y a alguna de sus derivaciones, como son las condiciones para el derecho al reintegro de los gastos médicos así originados (y sus límites), así como su relación con las listas de espera existentes en el propio país.

También relacionada con la misma materia tenemos la **STJCE de 15 de junio de 2006, As. Acereda, C-466/04**, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). La interpretación del Tribunal de Luxemburgo con respecto al Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo es que no confiere al beneficiario, autorizado por la institución competente de su país a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él la asistencia hospitalaria apropiada a su estado de salud, el derecho al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que incurran él y la persona que le acompañe, a excepción de los gastos de estancia y manutención del beneficiario en el centro hospitalario, estrictamente.

#### B) Reserva de dispensación farmacológica

La **STS de 18 de noviembre de 2005, Ar. 751 de 2006**, tiene que interpretar la Ley del Medicamento para valorar la legalidad de una resolución de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo que autorizó la financiación por el Sistema Nacional de Salud de un determinado medicamento, pero con las condiciones siguientes: su prescripción y uso quedaba restringido al nivel asistencial de la atención especializada; la dispensación se haría exclusivamente por los servicios

de farmacia hospitalaria; y, por último, el medicamento iría provisto del precinto de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. La interpretación del artículo 22.1 LM que hace el Tribunal Supremo es la siguiente: la Administración tiene potestad para establecer reservas o restricciones en materia de especialidades farmacéuticas, incluso si se trata de dispensación mencionada expresamente, pero ello ha de hacerse basándose en razones sanitarias (y no vale, por tanto, este artículo como cobertura para limitar el gasto de la Seguridad Social en prestaciones farmacéuticas).

**C) Legalidad del Reglamento que establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios**

La STS de 7 de marzo de 2006, Ar. 1761, desestima un recurso contencioso-administrativo directo presentado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería de España contra el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, al rechazar todas las tachas de ilegalidad aducidas.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Competencia: los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a las Resoluciones de la Secretaría de Pesca Marítima. B) Sujetos. a) Legitimación: carece de legitimación el denunciante para impugnar el acuerdo de archivo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ. b) Postulación: el Procurador de oficio debe ser solicitado por el interesado o por su representante. c) Los emplazamientos deben hacerse personalmente si las partes son conocidas. d) La falta de aportación del acuerdo para entablar acciones judiciales es subsanable. C) Objeto: es impugnabile, por no ser un acto de trámite, el inicio de un procedimiento sancionador con propuesta de ingreso en centro de internamiento al Juez de Instrucción. D) Procedimiento. a) Prueba. a') La falta de incorporación de una prueba pericial produce indefensión. b') No produce indefensión la inadmisión de prueba sobre el fondo del asunto en el caso de que el recurso se inadmita por falta de legitimación. b) Ejecución provisional de sentencias: procede en caso de que el asunto controvertido sea una autorización de establecimiento comercial. c) Terminación: la anulación del acto del que deriva el requerimiento de pago de cuotas hace desaparecer el objeto. d) Extensión de efectos. a') La identidad de situaciones exige que se haya agotado la vía administrativa. b') No existe identidad de situaciones jurídicas si no se solicitó el disfrute de vacaciones. E) Costas. a) No deben calcularse sólo en función de la cuantía del pleito. b) Doctrina sobre las costas del Procurador en representación de la Administración con condena de la parte contraria. **2. Recurso de casación.**

A) Motivos: Infracción de normas o jurisprudencia. a) No es admisible el recurso de casación cuando sólo se citan genéricamente los preceptos infringidos. b) La jurisprudencia de otros órdenes jurisdiccionales no tiene relevancia para fundamentar una infracción. c) La infracción de jurisprudencia debe relacionarse con las circunstancias del caso concreto. B) Inadmisión. a) No son impugnables en casación las sentencias de TSJ dictadas en asuntos competencia de los juzgados tras la entrada en vigor de la LO

19/2003. b) La admisión en casos de impugnación indirecta sigue el régimen general del artículo 86.3 LJCA. c) Es admisible la interposición sin citar el concreto motivo si éste se deduce inequívocamente. C) Costas: el escrito de alegaciones sobre la causa de inadmisión devenga honorarios.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 28 (febrero 2006) hasta el número 33 (marzo 2006) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos al motivo de casación previsto en el artículo 88.1.a) LJCA.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### **A) Competencia: los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos frente a las Resoluciones de la Secretaría de Pesca Marítima**

En el caso resuelto por la STS de 3 de octubre de 2005, Ar. 7306, se han impugnado resoluciones sancionadoras emanadas de un órgano de la Administración General del Estado –la Secretaría General de Pesca Marítima–, con competencia en todo el territorio nacional, confirmadas por silencio administrativo, y posteriormente por resolución expresa, en la alzada interpuesta ante el Ministro correspondiente; en concreto, se está ante infracciones de la Ley de Pesca Marítima, derivadas de la comisión de los hechos antes referidos y sancionadas con multa de 90.151,82 euros, esto es, superior a 10 millones de pesetas.

La Sala del TSJ declina su competencia por considerar, en síntesis, que no es aplicable la competencia residual establecida en el artículo 10.1.j) LJCA porque se está en presencia de materia de pesca, encuadrable en los supuestos previstos en el artículo 8.b.2) de la referida Ley y porque asimismo no considera como un dato determinante para fijar la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo el importe de la sanción. Por su parte, el Juzgado Central entiende que la correcta interpretación de la letra b) del apartado 2 del artículo 8 de la Ley de esta Jurisdicción, en su redacción originaria, no permite atribuir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo el conocimiento de la impugnación de sanciones administrativas cuando su cuantía supera los 10 millones de pesetas, ni tampoco cuando se trata de materia de pesca marítima.

La resolución comentada considera que no puede, por tanto, entenderse que resulte aplicable el artículo 9.b) LJCA, en su redacción originaria, tanto por la cuantía de las sanciones, superior a 10 millones de pesetas, como se ha dicho, como por la materia, pues la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

pesca marítima no está incluida en la enumeración del artículo 8.2.b), en la redacción aquí a tener en cuenta, de la referida Ley, artículo este al que se remite el antes mencionado artículo 9.

Dado lo expuesto, y al estar en el presente caso ante una actuación administrativa no atribuida expresamente a la competencia de un órgano de este orden jurisdiccional, preciso es entender que la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia en aplicación del fuero residual previsto en el artículo 10.1.j) de la Ley de la Jurisdicción, si se tiene en cuenta, además, que las resoluciones originarias fueron confirmadas en alzada por el Ministro en virtud del silencio administrativo y posteriormente por resolución expresa, lo que excluye la competencia de la Audiencia Nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1.b) LJCA.

### B) Sujetos

#### a) Legitimación: carece de legitimación el denunciante para impugnar el acuerdo de archivo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ

La STS de 31 de octubre de 2005, Ar. 7711, nos recuerda una consolidada jurisprudencia que ha afirmado la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios. El núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera. Las ideas con las que ha sido desarrollado ese básico núcleo argumental son las siguientes:

1) La legitimación viene ligada a la existencia de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso. Es decir, un interés real. Como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 143/1987, ese interés legítimo al que se refieren el artículo 24.1 de la Constitución y el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta. 2) Por tanto, la clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, dictado en las actuaciones seguidas en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un miembro de la Carrera Judicial, debe situarse en el dato de si la imposición o no de una sanción al Juez denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o eliminar una carga o gravamen en esa esfera. 3) Se trata de un problema casuístico, que no permite una respuesta indiferenciada para todos los supuestos. Por el contrario, exige que en cada uno de ellos se busque el concreto interés legítimo que pueda servir de soporte a la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge. 4) El haber sido parte en un determinado proceso judicial, no supone necesariamente poseer la específica legitimación que aquí se está analizando. El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por

sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al Juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso. 5) Tampoco el propósito de ejercitar la pretensión de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 de la Constitución, puede servir de fundamento a una legitimación para reclamar la imposición de sanción a un Juez. Ni en ese concreto precepto, ni en la Ley en general, hay elementos que permitan sostener que la proclamación de una anomalía del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

Esa jurisprudencia a la que acaba de hacerse referencia, señala también que la modificación de los artículos 423 y 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no supuso la atribución expresa a los denunciantes de legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, confiriéndoles la que no se deriva de la aplicación de las normas generales de la Ley de la Jurisdicción [artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción, antes artículo 28.1.a) de la Ley de 1956]. Ha dicho, además, que la normativa contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal procedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, y que lo único que hace es salvar la legitimación —o remitir a ella— que pudiera derivar de la Ley Jurisdiccional.

Y para llegar a la anterior conclusión ha tomado en cuenta estas expresiones contenidas en los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial: a) Al ocuparse de la sanción de advertencia, el artículo 422.1, párrafo segundo, dispone: “contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción podrá interponer el sancionado con carácter potestativo, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, recurso administrativo, y el denunciante, en su caso, acudir a la vía contencioso-administrativa de acuerdo con las normas de legitimación establecidas en la Ley reguladora de la expresada Jurisdicción”. b) El artículo 423.2, párrafos segundo y tercero *in fine*, no permite al denunciante recurrir las decisiones sobre la iniciación y decisión del expediente disciplinario en vía administrativa, “sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional”. c) El artículo 425.8, párrafo primero *in fine*, manda notificar al denunciante la resolución del expediente sancionador, “quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en vía contencioso-administrativa”.

Esas expresiones, ha dicho la Sala, permiten constatar que el artículo 422.1, párrafo segundo, remite para determinar la legitimación del denunciante a las normas establecidas en la Ley de la Jurisdicción, y que no hay razón para entender que se sigue distinto criterio en los demás supuestos previstos por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y, también, ha subrayado que el modo potencial del verbo “ostente” (artículo 423.2 párrafos segundo y tercero), así como los términos “en su caso” (artículo 425.8, párrafo primero), son de por sí suficientemente expresivos de que no se está haciendo una regulación directa de la legitimación procesal de los denunciantes para impugnar los acuerdos de la Comisión Disciplinaria, sino que se trata de una remisión a la regulación contenida fuera de esos preceptos.”

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### **b) Postulación: el Procurador de oficio debe ser solicitado por el interesado o por su representante**

El artículo 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita establece que “el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita debe instarse por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el Juzgado de su domicilio. En este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente”. Por su parte, el artículo 7.2 de la citada Ley establece que “el derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 32 de la presente Ley”, añadiendo el número 3 del citado artículo que “cuando la competencia para el conocimiento de los recursos a los que se refiere el apartado anterior corresponda a un órgano jurisdiccional cuya sede se encuentre en distinta localidad, el Juzgado o Tribunal, una vez recibido el expediente judicial, requerirá a los respectivos Colegios la designación de abogado y procurador de oficio ejercientes en dicha sede jurisdiccional”.

Ahora bien, aunque en el caso analizado por los AATS de 29 de septiembre de 2005, Ar. 7693 y de 4 de julio de 2005, Ar. 7162, se insta Procurador del turno de oficio al tiempo de interponer un recurso de queja ante el Tribunal Supremo –con sede en Madrid–, contra una resolución de un órgano jurisdiccional que tiene su sede en distinta localidad –la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria–, por lo que, en principio, procedería dirigirse al Colegio de Abogados de Madrid para que, en su caso, le fuera nombrado al citado recurrente Procurador del turno de oficio, y así lo ha venido a corroborar el Tribunal Constitucional –Sentencia de 30 de junio de 2003–, lo cierto es que no consta en las actuaciones, tal y como afirma la Sala de instancia en el auto recurrido en queja, que se haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pese a haber sido requerido reiteradamente el referido letrado recurrente para acreditar tal extremo. En consecuencia, no concurre el presupuesto necesario para la aplicación del precepto examinado.

Por otro lado, señalan los autos comentados, la aplicación del citado precepto exige también que quien inste la designación de Procurador del turno de oficio sea el propio interesado o aquella persona que legalmente le represente.

### **c) Los emplazamientos deben hacerse personalmente si las partes son conocidas**

La STS de 10 de octubre de 2005, Ar. 7588, nos recuerda, en cuanto al emplazamiento en la jurisdicción contencioso-administrativa, que en la STC 126/1999, de 28 de junio, FJ 3º, se dijo que “sin negar validez constitucional al emplazamiento edictal, se debe ser particularmente riguroso en los requisitos para su aplicación”. Y añadía que “en relación con el proceso contencioso-administrativo, y antes de la Ley 10/1992, de 30 de abril, donde se establece la obligación de notificar la remisión del expediente y emplazar a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, nuestra doctrina, a partir de la STC

9/1981, había insistido en que el mandato implícito en el artículo 24.1 CE para promover la contradicción conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados —e incluso como coadyuvantes— siempre que ello resulte factible, como ocurre cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición e incluso del expediente (SSTC 113/1998, FJ 3º, 122/1998, FJ 3º, y 239/1998, FJ 2º).

Esta doctrina queda completada con dos exigencias: a) Que los interesados no emplazados o no personados han de ser diligentes, compareciendo en el proceso tan pronto como tengan conocimiento del mismo. b) Que la indefensión padecida ha de ser material, es decir, debe tratarse de un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales o abstractas (por todas, SSTC 86/1997, FJ 1º, 118/1997, FJ 2º, y 26/1999, FJ 3º)”.

En consonancia con ello tres son los requisitos que se vienen exigiendo para el otorgamiento del amparo por la falta de emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo: que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, e identificamos ese derecho o interés allí donde la anulación de un acto administrativo produce un efecto positivo (beneficio) o un efecto negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto ( STC 122/1998, de 15 de junio, FJ 4º); que el demandante de amparo fuera identificable por el órgano jurisdiccional; y, por último, que se haya producido al recurrente una situación de indefensión material, esto es, un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa (por todas, SSTC 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3º; 126/1999, de 28 de junio, FJ 3º; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 4º, y 97/2000, de 10 de abril, FJ 3º), debiendo comprobarse a estos efectos “si el recurrente en amparo ha tenido conocimiento o pudo haberlo tenido, de actuar con la diligencia que le es exigible, de la existencia del proceso para ejercer su derecho de comparecencia y defensa” (SSTC 20/2000, de 31 de enero, FJ 2º, y 178/2000, de 26 de junio de 2000, FJ 4º).

A lo que se acaba de decir cabe añadir que la remisión del artículo 49.1 LJCA a la Ley que regula el procedimiento administrativo común en lo que se refiere a la forma en que se han de practicar las notificaciones —remisión que la Ley de 1956 hacía en su artículo 59.1— no significa que la aplicación del artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992 sea suficiente en este supuesto. En efecto, este precepto sustituye la notificación personal por la publicación pero lo hace para los actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva.

#### **d) La falta de aportación del acuerdo para entablar acciones judiciales es subsanable**

La STS de 11 de octubre de 2005, Ar. 7344, nos recuerda que, según jurisprudencia constante, de la que son muestra las Sentencias de 13 de mayo de 1997, 1 de marzo de 1999 y 20 de abril de 1.999, la falta de aportación de los acuerdos precisos para el ejercicio de acciones judiciales, constituye un defecto subsanable por la parte, que en el ámbito

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

temporal de la Ley de Jurisdicción de 1956, podía tener lugar en los diez días siguientes a la notificación del escrito que contenga la alegación del defecto o carencia (artículo 129.1), o en trámites posteriores como el de conclusiones (en semejantes términos la Ley 29/1998, artículo 138), de manera que la falta de subsanación, habiendo tenido oportunidad para ello, determina la inadmisión del recurso, en cuanto es la propia actitud pasiva de la parte, que con pleno conocimiento del defecto procesal invocado, no hace uso de los trámites procesales que le permiten la subsanación o formulación de alegaciones al respecto, lo que propicia la causa de inadmisibilidad apreciada.

### **C) Objeto: es impugnabile, por no ser un acto de trámite, el inicio de un procedimiento sancionador con propuesta de ingreso en centro de internamiento al Juez de Instrucción**

El acto administrativo que inicia un procedimiento sancionador, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite. Pero cuando hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento, como “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancie el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000”, la STS de 28 de octubre de 2005, Ar. 7954, considera que no cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

No es lógico ni conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1.c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en relación con su artículo 25.1, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (v.g., incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (v.g., por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000).

En materia de urbanismo se ha llegado, ya de antiguo, a idéntica conclusión: la aprobación inicial de los planes urbanísticos es un acto de trámite, y, por lo tanto, inimpugnabile; pero como esa aprobación va acompañada de suspensión de licencias, los afectados por ésta pueden impugnarla.

### **D) Procedimiento**

#### **a) Prueba**

##### **a') La falta de incorporación de una prueba pericial produce indefensión**

Según la STS de 5 de octubre de 2005, Ar. 7585, la vulneración de la normas procesales y la indefensión causada a los recurrentes no ofrece duda cuando no se ha unido a las actuaciones —como se encontraba ordenado en autos— el Informe pericial solicitado y, de

otra parte, con la ausencia del igualmente acordado trámite de vista se ha privado a la recurrente –y a la propia Sala– de una valoración de conjunto de la prueba desarrollada en las actuaciones.

La vulneración del derecho a la prueba, contenido en el artículo 24.1 del Constitución, ha resultado evidente, pues reconocido por la Sala el derecho de los recurrentes a contar con una determinada prueba pericial –trayéndola a los autos de otro recurso coetáneo y relacionado en el que se había practicado–, sin embargo, por determinadas circunstancias, dicha decisión no resultó materializada, tratándose, además de una prueba que, siguiendo la expresión del Tribunal Constitucional, debe ser considerada como “decisiva en términos de defensa” (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2º; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3º; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5º; 26/2000, FJ 2º; 45/2000, FJ 2º; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2º, y 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3º), ya que la mencionada “falta de actividad probatoria” se ha “traducido en una efectiva indefensión del recurrente”.

**b’) No produce indefensión la inadmisión de prueba sobre el fondo del asunto en el caso de que el recurso se inadmita por falta de legitimación**

Según la STS de 19 de octubre de 2005, Ar. 7133, la hipotética eficacia de los documentos cuya incorporación a los autos rechaza la Sala de instancia afectaría, en su caso, sólo a la cuestión de fondo debatida pero no a la legitimación de la parte recurrente. Y como ésta ha sido rechazada por el tribunal sentenciador en pronunciamiento contra el que se han declarado inadmisibles los motivos de casación relativos precisamente a la existencia de legitimación procesal, la aportación de documentos relativos a la cuestión de fondo dejaría incólume dicho pronunciamiento sobre la inexistencia del requisito previo (la legitimación) indispensable para plantear el litigio. Por lo demás, dado el contenido de aquellos dos documentos rechazados (en suma, una sentencia aún no firme y una resolución procedente de la Administración autonómica, tampoco firme en vía administrativa), la Sala bien pudo, sin mengua del derecho de defensa, considerarlos innecesarios en cuanto precedentes jurisprudenciales –o ni siquiera precedentes, en sentido estricto, dada su falta de firmeza– o administrativos no vinculantes para la resolución final de fondo.

**b) Ejecución provisional de sentencias: procede en caso de que el asunto controvertido sea una autorización de establecimiento comercial**

Según la STS de 20 de octubre de 2005, Ar. 7908, una autorización definitiva, cuya eficacia jurídica depende, sin embargo, de un hecho posterior, cual es el sentido del fallo que se alcance en el recurso de casación pendiente contra la sentencia, y cuya eventual ineficacia se trasmite, dejándolas sin efecto, a las demás autorizaciones que tienen en aquélla un presupuesto previo, no origina la situación de irreversibilidad a la que el artículo 91.3 LJCA se refiere.

En cuanto a la infracción del artículo 525.1.2.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción y con el artículo 4 de

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

aquella Ley, —en la medida en que aquel artículo establece la regla de que no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, ello no es así en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el que la Administración actúa normalmente a través de declaraciones de voluntad que —esto es lo importante— no tienen carácter personalísimo, y en el que la propia Ley de la Jurisdicción ya contempla, precisamente en ejecución provisional de sentencias, la emisión de tales declaraciones de voluntad, tal y como es de ver en su artículo 106.5.

### **c) Terminación: la anulación del acto del que deriva el requerimiento de pago de cuotas hace desaparecer el objeto**

Para la STS de 28 de octubre de 2005, Ar. 7558, anulado el acto del que derivan los concretos requerimientos del pago de cuotas, éstos carecen de apoyatura jurídica y se convierten, por eso sólo, en disconformes a Derecho. La desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

### **d) Extensión de efectos**

#### **a') La identidad de situaciones exige que se haya agotado la vía administrativa**

En el caso analizado por la STS de 10 de noviembre de 2005, Ar. 7396, no existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que a diferencia de lo que sucede en el caso de la funcionaria favorecida por la sentencia cuya extensión de efectos se reconoce en los Autos recurridos y que solicitó oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año 1996 antes de que el mismo concluyera, en el caso de la funcionaria solicitante de la extensión de efectos doña Elena, no hay constancia de que ésta haya solicitado en ningún momento a la Administración el disfrute de las vacaciones anuales correspondientes a 1997, ya que, como subraya el Abogado del Estado, el carácter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que las mismas se refiere, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente y ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto Articulado de 7 de febrero de 1964) y en las Instrucciones de 21 de diciembre de 1983 y 27 de abril de 1995.

**b') No existe identidad de situaciones jurídicas si no se solicitó el disfrute de vacaciones**

El artículo 110 LJCA establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1998 establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha Ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.

Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

En el caso analizado por la **STS de 15 de noviembre de 2005**, Ar. 7803, no existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que a diferencia de lo que sucede en el caso de la funcionaria favorecida por la sentencia cuya extensión de efectos se reconoce en los Autos recurridos y que solicitó oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año 1996 antes de que el mismo concluyera, en el caso del funcionario solicitante de la extensión de efectos no hay constancia de que éste haya solicitado en ningún momento a la Administración el disfrute de las vacaciones anuales correspondientes, ya que, como subraya el Abogado del Estado, el carácter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que las mismas se refiere, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente y ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto Articulado de 7 de febrero de 1964) y en las Instrucciones de 21 de diciembre de 1983 y 27 de abril de 1995.

Este criterio es coherente con el reconocido en las precedentes Sentencias de 12 de enero de 2004, 27 de enero de 2004, 9, 10, 13 y 23 de febrero de 2004, 25 de mayo de 2004 y 13 de septiembre de 2004, que subrayan cómo el artículo 110.1.a) de la Ley 29/1998 es terminante a este respecto y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1.a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

### E) Costas

#### a) No deben calcularse sólo en función de la cuantía del pleito

El ATS de 15 de septiembre de 2005, Ar. 7398, ha señalado que para fijar los honorarios habrán de ponderarse los diversos factores en cada caso concurrentes, tales como el trabajo profesional realizado, la mayor o menor complejidad del asunto, el tiempo utilizado, las consecuencias en el orden real y práctico, etc., siendo circunstancias de mayor relevancia, pero no únicas, la cuantía del asunto y los resultados obtenidos en mérito de los servicios profesionales prestados.

#### b) Doctrina sobre las costas del Procurador en representación de la Administración con condena de la parte contraria

El ATS de 8 de septiembre de 2005, Ar. 7482, nos recuerda seis sentencias de fecha 29 de marzo de 2000 (recursos de casación núms. 4255/1994, 4297/1994, 4622/194, 620/1995, 1344/1995 y 4028/1996), en las que se da cuenta de la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de honorarios por parte de los Procuradores que intervienen en representación de las Administraciones Públicas en caso de condena en costas a la parte contraria, señalando sus contradicciones, y unificándola en los siguientes términos: “La impugnación efectuada por la parte obligada al pago de los honorarios del Procurador se centra fundamentalmente en que, habiendo intervenido el Letrado de la Comunidad Autónoma (...) la intervención del Procurador era superflua. Ello origina una cuestión que ha sido resuelta de dos formas diferentes por la jurisprudencia de esta Sala.

Esta Sala ha mantenido siempre el criterio de que los honorarios del Procurador eran compatibles con los de los Letrados de las Administraciones Públicas, a las que el ordenamiento autoriza a comparecer también sólo por medio de éstos, pudiendo citarse en tal sentido la Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1996. Pero la Sentencia de 8 de enero de 1997 cambió el criterio y estableció que tales honorarios solamente podían exigirse si la Administración Pública de que se trate comparecía por medio de un Abogado libremente designado, no a través de un Letrado de sus Servicios Jurídicos, pues en este último caso, la intervención de éste convertía en superflua la del Procurador y había de aplicarse el criterio establecido por el artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aceptó también dicho criterio la Sentencia de 23 de julio de 1997.

Empero es mayoritario el criterio favorable a la otra doctrina, que es preciso mantener nuevamente. Nos basamos para ello en que el principio general en materia de postulación es que se efectúe por medio de Procurador.

En los litigios relativos a las Comunidades Autónomas también es éste el principio general, por más que la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, permitiera que el Letrado de las CCAA asumiera la representación de éstas. Tal principio general no quiebra, en definitiva, por el hecho de que, excepcionalmente, la Ley haya permitido que los Letrados de las CCAA puedan asumir la representación de éstas en los litigios que las

afecten. La inclusión de los aranceles del Procurador en los litigios en que éstos intervengan, representando a las CCAA, es pues legítima.

Mas nada dice la citada Ley, en su artículo 447 sobre que en el supuesto de que la Comunidad Autónoma esté representada por Procurador –que es lo deseable y lo que quiere la Ley en términos generales– los honorarios de éste no puedan incluirse en la tasación de costas”.

Además, esta Sala ha venido señalando que, según se desprende del apartado segundo del artículo 447 LOPJ (actualmente, artículo 551) –”la representación y defensa de las Comunidades Autónomas y las de los Entes Locales corresponderá a los Letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda”–, la defensa tanto de las Comunidades Autónomas como de los Entes Locales puede encomendarse a los Letrados de los servicios jurídicos de las mismas, o a un Letrado colegiado libremente designado, como ocurre en el presente caso, lo que repercute, aparte de otras cuestiones, tanto en la forma de intervención como en el sistema de percepción de honorarios de dichos profesionales en caso de condena en costas, de modo que en el supuesto de autos, según la jurisprudencia antes citada, la intervención del Procurador no puede considerarse superflua y, en consecuencia, los honorarios de dicho profesional son debidos.

## 2. RECURSO DE CASACIÓN

### A) Motivos: Infracción de normas o jurisprudencia

#### a) No es admisible el recurso de casación cuando sólo se citan genéricamente los preceptos infringidos

Para la STS de 28 de septiembre de 2005, Ar. 7952, no es admisible el recurso en el que, a) O nada se expone sobre la razón o razones por las que la Sala de instancia hubiera infringido los preceptos o la jurisprudencia que se citan (como ocurre cuando no hay más que la transcripción, completa o incompleta, de los preceptos citados). b) O si se expone algo lo es con total olvido de lo que dicha Sala argumentó en su sentencia. c) O se citan tan sólo preceptos derogados. d) O se cita como infringido lo que en el Ordenamiento Jurídico no es ni norma ni jurisprudencia, sino una mera Exposición de Motivos. e) O la cita de normas infringidas se hace en términos tan genéricos que no puede entenderse cumplido el requisito procesal establecido en el artículo 92 LJCA de citar las normas que se reputan infringidas.

#### b) La jurisprudencia de otros órdenes jurisdiccionales no tiene relevancia para fundamentar una infracción

Según la STS de 30 de noviembre de 2005, Ar. 7832, en casación se debe descartar la aplicación al caso de sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional.

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

Por su parte, la STS de 17 de octubre de 2005, Ar. 7343, ha señalado que en casación la infracción de jurisprudencia ha de afectar a doctrina de la propia Sala y no a otra con distinta atribución competencial salvo que se tratare de normas respecto de las cuales pudiese fijar doctrina la Sala concernida, situación que si acontece con la Sala de lo Social respecto el Estatuto de los Trabajadores pero que, en razón a lo dispuesto en los artículos 3.1.a) Ley de Préstamo Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, LPL de 1995 y 9.4 LOPJ, no ostenta el monopolio.

### **c) La infracción de jurisprudencia debe relacionarse con las circunstancias del caso concreto**

Según la STS de 4 de noviembre de 2005, Ar. 7374, la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se invoca carece de fundamento, primero, porque el recurrente se limita a transcribir literalmente la cita de jurisprudencia que ya realizó en su demanda, sin añadir argumento novedoso alguno y segundo, porque además de que se omite todo análisis comparativo entre las circunstancias examinadas por las sentencias que se citan y las que concurren en el presente caso, se soslaya un análisis razonado de la concreta fundamentación jurídica de la sentencia aquí recurrida, con justificación de por qué ésta última infringe la doctrina jurisprudencial aducida.

No está de más recordar que una reiterada doctrina de esta Sala viene manteniendo que en una materia tan casuística como es la que nos ocupa, el motivo de casación consistente en la infracción de la jurisprudencia tiene escasa virtualidad (por todas, Sentencia de 14 de octubre de 1993), de manera que para que tal motivo pueda ser tomado en consideración no basta la cita de varias sentencias de este Tribunal, sino que es necesario que se relacionen las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado, lo que aquí se ha omitido.

### **B) Inadmisión**

#### **a) No son impugnables en casación las sentencias de TSJ dictadas en asuntos competencia de los juzgados tras la entrada en vigor de la LO 19/2003**

La reforma operada en la Ley Reguladora de esta Jurisdicción por la Ley Orgánica 19/2003 viene a cumplir con un doble objetivo: primero, corregir las disfunciones observadas en la aplicación del régimen transitorio que se contiene en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Jurisdiccional de 1998 y, segundo, llevar a cabo una ampliación —ya anunciada por el propio legislador ordinario— del contenido de la repetida norma legal, en cuanto a las competencias atribuidas por la misma a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, una vez transcurrido un período de tiempo suficiente en el cual se ha podido constatar el resultado de la experiencia y la consecución de los fines para los que, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, tales órganos unipersonales fueron implantados.

Así, en relación con la primera cuestión mencionada, debe recordarse que el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1998 preceptúa que los pro-

cesos que, al tiempo de su entrada en vigor, estuvieran pendientes ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y cuya competencia correspondiera, conforme a la citada norma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo “continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión”. Fue el término “conclusión” –referido propiamente al momento en que se pone fin a la mera tramitación del proceso, pasando el mismo a la fase de terminación o resolución– utilizado por el legislador ordinario el que suscitó diversas interpretaciones provocando –así consta por notoriedad– importantes disfunciones en la aplicación (que debía ser necesariamente uniforme) del mencionado régimen transitorio; y así, mientras algunos Tribunales Superiores de Justicia entendieron que los procesos ante ellos pendientes, pero relativos, según la nueva Ley, a materias de la competencia de los nuevos órganos unipersonales, debían ser resueltos mediante Sentencias de sus Salas de lo Contencioso-Administrativo, otros, en cambio, consideraron que la tramitación ante dichas Salas debía terminar en el mismo instante en que los recursos contencioso-administrativos quedaran conclusos para Sentencia, resolución que debía ser dictada por el correspondiente Juzgado, al que, a tal efecto, remitían las actuaciones.

Como se ha dicho, la Ley Orgánica 19/2003 pone fin a las dudas interpretativas suscitadas en relación con el régimen transitorio a aplicar respecto de los procesos que, en tramitación ante los Tribunales Superiores de Justicia, versen sobre materias que sean ahora competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; y así, el apartado primero la Disposición Transitoria Décima de la referida Ley Orgánica ordena que dichos procesos continúen tramitándose por los mismos “hasta su finalización”, lo que lleva en este momento a poder establecer que, no produciéndose la terminación del procedimiento por cualquier otro modo anticipado (desistimiento, allanamiento, renuncia), las Sentencias que pongan fin a esos recursos habrán de ser dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados que estén conociendo de los mismos y no por los unipersonales a los que, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica, correspondiera conocer de ellos por razón de la materia.

Junto a este primero, corrector, que se acaba de exponer, la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003 viene a cumplir un segundo objetivo –ya anunciado como posible por el legislador ordinario, decíamos– relativo a la ampliación de la relación de materias para cuyo conocimiento son competentes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Debe, también en este punto, hacerse memoria de los motivos expuestos por el legislador de 1998 respecto a la necesidad de implantación de unos nuevos órganos jurisdiccionales, unipersonales, que conocieran de aquellos asuntos que requieran, por su índole, por su menor relevancia o por otras razones organizatorias o prácticas, una solución más rápida o del órgano judicial que se encuentra más próximo a la realidad en que surgió el pleito. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, justifica la atribución de competencias que hace en su artículo 8 a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, indicando que las relacionadas en el mencionado precepto son las que en el momento de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

su puesta en funcionamiento “pueden razonablemente ejercer y que parecen suficientes para consolidar la experiencia”. Y añade en el párrafo cuarto de su apartado III: “Nada impide, antes al contrario, que tras un primer período de rodaje la lista de competencias se revise a la vista de esa experiencia”.

Esa revisión, para ampliarlos, de los asuntos que son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es la que se ha llevado a cabo por medio de la Ley Orgánica referida.

El **ATS de 14 de septiembre de 2005**, Ar. 7492, reconoce que es cierto que la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no contiene una previsión similar a la que se contempla en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, aplicable al recurso de casación. Sin embargo, no lo es menos que tal omisión no es óbice para que la lógica, la coherencia del sistema y la necesaria unificación del tratamiento procesal a efectos del acceso al recurso de casación impongan la aplicación de la interpretación dada al mencionado apartado por esta Sala, para la inadmisión de los recursos de casación formulados contra Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos ante ellos tramitados, y que, tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, primero, y de la Ley Orgánica 19/2003, por ampliación de la mencionada en primer lugar, después, son de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Como se expuso más arriba, el legislador orgánico no ha hecho otra cosa, en su reforma de 2003, sino ampliar las competencias de los órganos unipersonales de este orden jurisdiccional y corregir las disfunciones derivadas del uso en el texto legal de un término (“conclusión”) que daba lugar a interpretaciones diversas que, sin embargo, debían ser uniformes ante los mismos supuestos de hecho. Para ello, ha incluido una Disposición Transitoria, la Décima –única en relación con la reforma introducida en la Ley Jurisdiccional de 1998 –, cuya finalidad (así se desprende no sólo de su contenido sino, más aun, de la literalidad de su encabezamiento “Régimen transitorio de los procesos pendientes en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”), es la de poner fin a las dudas interpretativas surgidas en la aplicación del régimen establecido en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1998 –cuestión que ya ha sido tratada–. No ha creído necesario el legislador orgánico, dada la ausencia de una disposición *ad hoc*, regular el régimen de acceso al recurso de casación de las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en las materias a que se refiere el modificado artículo 8 de la Ley Jurisdiccional, sin duda porque ese régimen ya existe en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1998 (a la vista de los términos literales en que aparece redactado el encabezamiento de dicha Disposición: Asuntos de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; que permiten pueda ser aplicada a todos los relacionados en el artículo 8, ya sea en su redacción originaria o en la vigente, tras la ampliación de su contenido llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, dando con ello, además, carta de naturaleza a la interpretación que, de dicho apartado, ha venido haciendo este Alto Tribunal y que sustenta la decisión de inadmisión que se va a adoptar en el asunto que ahora nos ocupa.

En conclusión, la solución generalizadora que se ha expuesto se infiere, pues, de la interpretación finalista de la regulación legal referible inmediatamente a la cuestión suscitada, realizada considerando en su conjunto la regulación que se contiene en la Ley Jurisdiccional de 1998 (en su redacción originaria y tras la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003) sobre las materias afectadas –competencia de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, así como régimen de los recursos de casación– y que permite, contemplando en términos de totalidad el recurso de casación, limitar los asuntos que pueden acceder al mismo. El propio legislador ordinario, si se observa el apartado VI, núm. 2, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LRJCA de 1998, lo hace así posible cuando expresa la justificación de las reformas que introduce respecto de la anterior regulación legal –en cuanto al régimen de acceso a la casación–, queriendo con ellas evitar no sólo que se agrave progresivamente la carga que, respecto a este tipo de recursos pesa sobre este Alto Tribunal, sino, más aún, que se ponga en riesgo inmediato el derecho a la justicia efectiva, y articulando esas reformas como una medida necesaria para que este Supremo Órgano Judicial, pueda atender, según dice la Exposición de Motivos “... a su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial”.

#### **b) La admisión en casos de impugnación indirecta sigue el régimen general del artículo 86.3 LJCA**

El ATS de 18 de septiembre de 2005, Ar. 7493, nos recuerda que el artículo 86.3 LJCA, ha introducido un importante cambio en el régimen de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como bajo la vigencia de la anterior regulación las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general (artículo 93.3 de la Ley anterior), ahora lo son únicamente cuando la sentencia, sea de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada –artículo 86.3 de la vigente Ley, aplicable también, por supuesto, a los recursos directos–, declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 de la Ley de 1998), sin perjuicio de que si no lo es, y la sentencia fuera estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, la Audiencia Nacional, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate (artículo 27.1). Por tanto, no es de matiz sino sustancial la modificación normativa llevada a cabo en el tratamiento procesal de los recursos indirectos contra disposiciones generales por la Ley de esta Jurisdicción de 1998, en lo que al recurso de casación se refiere [distinta es, en cambio, la solución que adopta el artículo 81.2.d) respecto al recurso de apelación].

Con otras palabras, la apertura del recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de normas reglamentarias está sujeta al régimen general establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 86 y no al especial de su apartado 3, a salvo lo que se ha dicho antes para

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

el supuesto de que confluya en el órgano jurisdiccional –Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia– la doble competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo contra la disposición general cuestionada, mas no cuando el Tribunal carece de competencia objetiva para anularla, como aquí acontece, toda vez que, como se desprende de las propias alegaciones del recurrente en queja, tratándose de una disposición de carácter general emanada del Consejo de Ministros –RD 2538/1994–, su enjuiciamiento directo siempre ha estado reservado, y sigue estándolo, al Tribunal Supremo [artículo 12.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción].

### **c) Es admisible la interposición sin citar el concreto motivo si éste se deduce inequívocamente**

La jurisprudencia exige que el escrito de interposición fije el motivo o motivos en que se fundamente el recurso, con expresión del apartado o apartados correspondientes del artículo 95 de aquella Ley que lo o los amparen; expresando igualmente, si se articula el del apartado 4, cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. Exigencia que descansa, según esta jurisprudencia, en la idea de que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta deben determinar su inadmisión.

Sin embargo, como señala la **STS de 11 de octubre de 2005**, Ar. 7344, la doctrina jurisprudencial ha matizado la exigencia estricta de la cita del artículo y apartado del mismo de la Ley Jurisdiccional en que el recurso pretendiera ampararse, de manera que ha de entenderse “que el escrito de interposición está correctamente formulado y respeta la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo de casación en aquellos supuestos en los que, pese a omitirse la cita literal del apartado correspondiente del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, del tenor de la redacción del escrito de interposición se deduzca de forma evidente y sin género de dudas a qué motivo o motivos legales se acoge el recurrente para articular el recurso de casación”.

### **C) Costas: el escrito de alegaciones sobre la causa de inadmisión devenga honorarios**

El artículo 243.2º LEC 1/2000 establece que no se incluirán en la tasación los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito y el artículo 246.4.º permite impugnar la tasación por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios indebidos.

La actuación controvertida en el **ATS de 8 de septiembre de 2005**, Ar. 7482, ha consistido en la presentación de un escrito de alegaciones sobre la causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto por la Sala en providencia. La minuta presentada responde a una actuación, escrito de alegaciones sobre inadmisibilidad, efectivamente desarrollada en las presentes actuaciones y que respondió al traslado conferido por esta Sala al amparo del artículo 93.3.º LJCA, por lo que la misma no puede considerarse inútil, superflua o no autorizada

por la Ley, y, en consecuencia, debe devengar los correspondientes honorarios. Respecto del concepto de instrucción o estudio del recurso, no responde a una actuación procesal desarrollada por la parte en el recurso, y con arreglo a la reiterada jurisprudencia resulta indebido, señalando la Sentencia de 30 de enero de 2002 que dicho concepto de instrucción o estudio debe considerarse integrado en el escrito de impugnación. Y esto es precisamente lo que ha realizado el Letrado minutante, que ha girado una cantidad por una única partida, integrando en ella, sin diferenciación alguna, las actuaciones realizadas para la redacción del escrito de alegaciones, de manera que el referido estudio del recurso es inseparable y no constituye un concepto distinto de la redacción del escrito de alegaciones, por lo que no puede hablarse de indebida inclusión, sin perjuicio de que la valoración haya de efectuarse en relación con el escrito de alegaciones en que realmente se ha traducido la actuación procesal del Letrado.

La resolución comentada señala, por último, que en los incidentes como el que ahora nos ocupa, las Normas Orientadoras a tener en cuenta son las del Colegio de Abogados de Madrid, por ser éste el correspondiente a la sede de este Tribunal Supremo, ante el que se ha interpuesto y tramitado el recurso de casación del que deriva la tasación de costas ahora impugnada. Además, debe significarse que jurisprudencia reiterada viene declarando asimismo que no es preciso que en las minutas de honorarios se consignen las Normas Orientadoras tenidas en cuenta, ni tampoco los criterios que ha servido de base para fijar la cuantía de los honorarios, siendo suficiente, con determinar los conceptos o partidas que integran la minuta y los honorarios correspondientes a dichas partidas o conceptos.

**FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO**

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**J. ESTEVE PARDO**

**Derecho de Medio Ambiente**

[Marcial Pons, Madrid, 2005, 308 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

A lo largo de veintinueve capítulos el profesor ESTEVE PARDO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, y especialista en la materia, como ya ha puesto de manifiesto en diversas obras, hace una exposición sistemática y clara de un tema de tanta importancia como el Derecho del Medio Ambiente, haciéndolo comprensible a pesar de su evidente complejidad.

Lo exhaustivo de este trabajo 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. Todo ello dividido en tres partes.

En la primera de ellas y bajo el título “Fórmulas jurídicas e instrumentos del Derecho ambiental”, expone el autor tres modos de intervención en el Medio Ambiente a cada uno de los cuales dedica un Título. El primero referente a las fórmulas de intervención de la Administración Pública y que comprende tanto la licencia ambiental, explicando no sólo el porqué de su surgimiento (fundamentalmente cuando el problema deja de ser un mero conflicto vecinal, principalmente con la industrialización) sino

también la experiencia en la aplicación del régimen de actividades clasificadas –recuérdese que aún se regula por el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas de 1961–; como la intervención integral ambiental destacando su ámbito de aplicación que, por ejemplo, no comprende actividades móviles puesto que se refiere a instalaciones fijas, pero además no todas ellas sino sólo las expresamente fijadas a diferencia de la lista meramente ejemplificativa del RAC; otro modo de intervención de la Administración analizado aquí es el de la evaluación de impacto ambiental; igualmente en este Título se incluye el estudio de la disciplina ambiental, así como el importantísimo principio de precaución y la tributación ambiental. En el Título II de esta primera parte se centra el autor en otro tipo de intervención, la judicial, dentro de la que se incluye tanto la responsabilidad por daños ambientales como el delito ecológico. Finalmente, el tercer Título se centra en las fórmulas de autorregulación, de máxima actualidad y en el que se hace referencia tanto a las normas técnicas en materia ambiental como a los sistemas de gestión ambiental y las ecoauditorías.

Ya en la segunda parte de esta interesante obra el profesor ESTEVE PARDO expone rigurosamente los distintos sectores objeto de regulación y atención por el Derecho ambiental, desde las dos perspectivas, a mi juicio imprescindibles, en la materia, es decir, la protección de la naturaleza y los recursos naturales en sí mismos considerados, con especial atención a los montes, a los espacios naturales protegidos, flora y fauna, así como a la protección de las aguas, costas y zonas húmedas. La otra vertiente se refiere a la lucha contra la contaminación, dentro de ella incluye el autor una visión global junto a un estudio pormenorizado de la contaminación atmosférica, de la contami-

nación global y, en concreto, las medidas para evitar el calentamiento del planeta y reducir la contaminación de gases de efecto invernadero, así como la contaminación acústica —de imprescindible actualidad tras la Ley del ruido— y en la que se ha optado como consecuencia del Derecho Comunitario por una nueva concepción que no parte —como sucedía hasta ahora— de las actividades que pueden generar este tipo de contaminación sino del tratamiento de los espacios contaminados en sí mismos considerados partiendo para ello del término ruido ambiental entendido como ruido presente y acumulado en un entorno o ambiente determinado, la acción contra la contaminación de las aguas, tanto desde el punto de vista de control como de saneamiento y depuración, finalmente, se refiere a un tema de preocupación fundamentalmente municipal, como es el tratamiento de los residuos.

De este modo tras leer este libro se comprueba —gracias a la claridad expositiva del profesor ESTEVE— la posibilidad de 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.

**L.A. BALLESTEROS MOFFA**

(Prólogo de J.L. PIÑAR MAÑAS)

**La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección**

[Tirant lo blanch-Agencia Española de Protección de Datos, Valencia, 2006, 348 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este trabajo —que obtuvo el Premio Protección de Datos otorgado por la Agencia Española de Protección de Datos en su edición de 2004—, como su propio autor —el Catedrático EU de la Universidad de León— explica, responde a la preocupación por la defensa de los abonados y usuarios de Internet desde el punto de vista de sus datos personales, pues resulta clave en su protección la garantía de la información personal.

Por ello los dos elementos básicos de este estudio son la privacidad y las comunicaciones electrónicas, de ahí el título elegido: *La privacidad electrónica*.

De la actualidad e importancia del tema no cabe duda, pues se está, como bien señala el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS (Catedrático de Derecho Administrativo, Director de la Agencia Española de Protección de Datos y especialista en la materia) en su Prólogo a esta obra, ante uno de los más importantes derechos fundamentales de nuestro tiempo: la protección de datos.

El autor trata de forma especial la respuesta del Derecho ante los riesgos que derivan de las nuevas tecnologías de la información respecto de la privacidad de datos. Para ello divide el trabajo en tres capítulos: en el primero de ellos hace un estudio de las comunicaciones electrónicas, cuál es el estado actual de la sociedad de la información y los riesgos que ella conlleva en cuanto a la tutela jurídica de los datos personales; en el segundo de los capítulos de esta monografía, el profesor BALLESTEROS expone los nuevos retos y avances en el marco de la libertad informática; finalmente, en el último y más extenso capítulo —tras haber analizado la situación de las telecomunicaciones en líneas previas—, hace un estudio exhaustivo de la protección de datos frente a las posibles amenazas derivadas de esas modernas tecnologías de las comunicaciones, en esta última parte el autor analiza los riesgos y las posibles soluciones, partiendo de un análisis pormenorizado de la normativa comunitaria y nacional al respecto.

El núcleo del problema se expone perfectamente por el autor cuando dice que no es infrecuente en nuestra sociedad la paradoja de que los avances más espectaculares para la calidad de vida del ser humano acaban arremetiendo también contra sus derechos más elementales, con el fin de evitarlo o prevenirlo en la medida de lo posible, propone el profesor de la Universidad de León una respuesta global que resume en su conclusión decimoséptima que merece la pena reproducir: “Un eficaz sistema de protección de datos en el ámbito de las comunicaciones electrónicas exige rebasar incluso la solución estrictamente jurídica,

para abrazar cualesquiera medidas e iniciativas que coadyuven a encauzar el problema, en una suerte de estrategia común acorde a la magnitud y especiales connotaciones que presenta. Las implicaciones técnicas de las comunicaciones electrónicas, la voráGINE de la innovación tecnológica, pero, en particular, la dimensión extraterritorial de Internet, representan tales obstáculos para la protección de la vida privada, que a la postre se han revelado insuficientes las fórmulas tradicionales de ordenación de los problemas sociales en este ámbito. Como complemento a la respuesta coercitiva de la sociedad, no puede renunciarse por ello a vías como la autorregulación y autocontrol por parte de los diferentes sectores implicados, o a la promoción y fomento de las tecnologías de protección de la intimidad (PET)”.

Sin duda se trata de un libro de máxima actualidad e interés, no sólo por el tema –de cuya preocupación general quedó constancia en el I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Toledo los pasados días 10 y 11 de febrero de 2006–, sino también y fundamentalmente por la exhaustividad y rigor con que ha sido tratado por el profesor BALLESTEROS.

**A. FERNÁNDEZ GARCÍA**

(Prólogo de F. SOSA WAGNER)

### **Participación y colaboración ciudadana en la Administración agraria**

[INAP, Madrid, 2005, 297 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este trabajo que constituye la parte central de la tesis de la autora, leída el pasado 2004 en la Universidad de León y que ha obtenido el IV Premio “Marcelo Martínez Alcubilla” 2004, supera la visión tradicional de las relaciones entre Administración y administrados, centrándose en la protección de los derechos de los últimos frente al aparato público, con especial referencia a las tareas

que pueden desempeñar los particulares en el marco de la definición y de la ejecución de la política agraria.

Como bien dice la autora, el estudio del nuevo papel asignado a los poderes públicos en la agricultura del siglo XXI hubiera sido suficiente para generar la controversia, sin que fuera indispensable incorporar a la discusión la tendencia hacia una mayor presencia privada en el escenario público, no obstante, ambos componentes se hallan estrechamente enlazados y, al menos desde el plano teórico, se debe tratar de coordinarlos, para así descubrir, de la forma más completa posible, qué se está reclamando a los actores, públicos y privados, en el conflictivo panorama agrícola; objetivo que sobradamente cumple Amaya en su tesis.

No obstante, y a pesar de que son los particulares y concretamente los agricultores quienes materializan la reforma agrícola, lo cierto es que no debe perderse de vista los riesgos que la tendencia al consenso trae consigo y que ya han sido puestos de manifiesto –de forma elocuente y brillante– por el prologuista de este libro, el profesor SOSA WAGNER en el interesante estudio preliminar a la obra DARNSTÄDT T., *La trampa del consenso*, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005, ya comentado en el núm. 28 de esta Revista. Sin embargo, como bien se advierte en el prólogo, Amaya FERNÁNDEZ es consciente de esos riesgos y por ello resuelve su estudio configurando las técnicas necesarias para conjurarlos.

La participación y colaboración es examinada de forma exhaustiva desde una doble perspectiva: de un lado, por lo que se refiere a la presencia de los individuos o asociaciones vinculados al campo en los órganos públicos agrícolas o mediante su intervención en los procedimientos administrativos agrícolas, aunque –como bien resalta la autora– no debe olvidarse que es la Administración la responsable de todas las decisiones que se adopten en dichos órganos y procedimientos; de otro, en cuanto al ejercicio privado de funciones públicas agrícolas, cuestión debatida pero

que tras su estudio defiende la doctora Amaya FERNÁNDEZ por entender que las dudas se deben fundamentalmente al desconocimiento de las realidades que sirven para verificar la existencia de dicho ejercicio privado de funciones públicas, como son los grupos de acción local, las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, las entidades de certificación en el ámbito de la producción integrada, etc.

Así, una vez estudiadas todas ellas la autora considera que carece de justificación la solicitud de su fin o reducción ya que entiende que hasta ahora su regulación ha garantizado la aplicación del Derecho Administrativo en el desarrollo de funciones públicas, que los controles públicos aseguran la satisfacción del interés general en dichas actuaciones y, por último, que los derechos de los terceros no se han visto reducidos por los colaboradores, y que por todo ello pueden ser consideradas “bocanadas de aire fresco a la anquilosada y burocrática Administración”.

De este modo, parece inclinarse por esta vertiente aunque bien es cierto que con límites, pues no ha de llegarse a la privatización de esas funciones públicas, resultando además imprescindible el control público sobre todo supuesto de colaboración con el fin de localizar posibles irregularidades y en su caso corregirlas.

De este modo resulta de máximo interés un trabajo que, como éste, hace confluír dos temas de actualidad: la participación y colaboración de los particulares en la Administración y en su toma de decisiones y de otro la política y la Administración agraria, no debe olvidarse que esta última materia está siendo objeto de una importante evolución, pues la perspectiva de la PAC en su origen poco tiene que ver con la tendencia actual de superación del estricto punto de vista de la agricultura en busca de actividades alternativas que contribuyan al desarrollo rural, además debe tenerse en cuenta que en las últimas normas al respecto, tanto desde el punto de vista comunitario como nacional, se ha optado por una menor intervención directa frente al incremento de la planificación y colaboración con

los sujetos privados, técnica muy extendida en otros sistemas como el francés —como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto en BUSTILLO BOLADO, R. O./ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M<sup>a</sup>., *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, Iustel, Madrid, 2005.

**J.A. GONZÁLEZ-ARES** (Prólogo de L.M. Macho, Epílogo de F. de Andrés Alonso)

### **El Valedor do Pobo. Del Ombudsman sueco al comisionado parlamentario gallego**

[Tirant lo blanch, Valencia, 2005, 310 págs.]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Estamos ante una obra fruto de la tesis doctoral del autor, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo, pero que no constituye ni mucho menos la primera monografía del profesor GONZÁLEZ-ARES, pues cuenta con un número importante de trabajos publicados.

El interés de dar noticia aquí de este libro resulta evidente de su lectura, pues pronto se comprueba que a pesar de lo que pudiera pensarse se hace un estudio meritorio de aspectos propios del Derecho Constitucional pero también del Derecho Administrativo.

Destaca ya el estudio de antecedentes que a lo largo de la historia se han ido constatando y que presentan similitudes con esta institución, sin embargo, sitúa su origen o modelo seguido, a mi juicio con acierto, en el Ombudsman sueco de 1809.

Igualmente interesante resulta el estudio del Derecho Comparado, partiendo del citado análisis del Ombudsman sueco expone

otros modelos de ámbito estatal como los propios de Finlandia, Dinamarca, Noruega, Portugal, Gran Bretaña, Francia y España, infraestatal como el *Difensore Civico* en las Regiones italianas, las instituciones equivalentes al *Valedor do Pobo* en otras Comunidades Autónomas españolas, sectorial como el *Ombudsman* militar alemán, y supraestatal como las provisiones sobre el Defensor del Pueblo Europeo. Sin duda ofrece un panorama comparativo completísimo, difícil de encontrar en estudios de este tipo, es decir, no estrictamente de Derecho Comparado.

Tras la historia y el estudio comparado se centra el autor en la regulación positiva del *Valedor do Pobo*. También en esto es exhaustivo el autor, pues en el Capítulo IV recoge todo el régimen jurídico de esta figura: fuentes, naturaleza y estatuto jurídico, medios personales y materiales, funciones, procedimiento, relaciones con el Parlamento de Galicia, con el Defensor del Pueblo y con otros comisionados autonómicos.

La generalización de figuras y órganos que, como éste, suponen en cierto modo la adaptación de su equivalente estatal al ámbito autonómico, véase el caso del Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado y los órganos equivalentes en las Comunidades Autónomas, ha traído importantes dudas y dificultades en la práctica, tanto respecto de su naturaleza, como en cuanto a su funcionamiento, relación con otros órganos, con la Administración, con las Asambleas legislativas, etc., de tal modo que esta obra viene a cubrir una importante laguna, el estudio doctrinal profundo de todos estos diversos aspectos de esta institución.

Lo expuesto, justificaría por sí solo la utilidad del estudio del comisionado parlamentario gallego, cuya principal función es la defensa dentro del ámbito territorial gallego de los derechos y libertades públicas reconocidas en la Constitución, no obstante, el rigor y exhaustividad de este trabajo despierta e incrementa el interés por su lectura.

M. GARCÍA CANALES y  
A. GARRORENA MORALES

**Comentarios al Estatuto de la Región de Murcia**

[Región de Murcia, Murcia, 2005, 1731 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Con el fin de un mejor y mayor conocimiento del ordenamiento jurídico murciano se presenta —como en tantas otras Comunidades Autónomas— el comentario al Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia; que —como explican sus coordinadores— partiendo de todos y cada uno de los preceptos de esta norma estatutaria se extiende al análisis riguroso y pormenorizado del denso cuerpo de Derecho producido a su amparo por las instituciones regionales en los casi veinticinco años que distan desde su promulgación, dato este que unido a las reformas que en los últimos tiempos se avencinan respecto de otros Estatutos hace aún más útil un conocimiento profundo del ordenamiento de cada Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a la sistemática, sigue la tradicional en estos casos, comentario artículo por artículo, aunque en determinadas ocasiones se ha roto por entenderse que distintos párrafos de un mismo artículo merecían dedicación individualizada, como ha sucedido con los artículos dedicados a las competencias (artículos 10, 11 y 12).

El comentario se lleva a cabo por expertos en las diversas materias, dentro de cuales se encuentran profesores de universidades, preferentemente murcianas aunque no de forma exclusiva —en este último caso y como han expresado los propios coordi-

nadores se ha tratado de buscar profesores que sin residir en Murcia tienen o han tenido especial vínculo con ella—, expertos de la Administración autonómica, letrados de las distintas instituciones de esta Comunidad y profesionales vinculados por la práctica a la materia concreta que se le ha encomendado.

La obra se cierra con un anexo en el que se incluye una pormenorizada relación documental a todos los trabajos parlamentarios y preparlamentarios que han conducido a la elaboración y, en su caso, a la reforma del estatuto de Murcia.

Para concluir debe afirmarse que esta obra resulta de interés no sólo por el momento que estamos viviendo en el que los Estatutos de autonomía y sus reformas están en el punto de mira de la actualidad política, sino también porque en muchas cuestiones el comentario al Estatuto ha sido una excusa para realizar un profundo estudio de conceptos, figuras, instituciones, etc., algunas de ellas de máxima importancia para el Derecho Administrativo, como es el tema de las prerrogativas de la Administración, el control jurisdiccional de la actividad de la Administración autonómica o la función pública, entre otros.

La relevancia de la disciplina en el ámbito urbanístico es clara, pues de otro modo de qué serviría un ordenamiento que no fijase medios de control y sanción ante sus incumplimientos. Si esta premisa es esencial en cualquier ámbito en el urbanístico incluso más, pues el incumplimiento tan extendido en este campo haría perder sentido a la ordenación urbanística sin los apropiados medios de corrección que aseguren el adecuado cumplimiento de la regulación de aprovechamientos y usos.

En esta obra se parte fundamentalmente de la normativa estatal, pues, como dice el autor, en este aspecto no sólo sigue siendo supletoria de las Comunidades Autónomas que tengan normativa concreta a este respecto, sino que puede entenderse que sigue siendo Derecho común en la materia, aunque también en este libro se explican las aportaciones más interesantes de las normas autonómicas en relación con esta cuestión.

Comienza el autor ofreciendo una doctrina general y exponiendo los rasgos principales de la figura de la disciplina urbanística, explicando los distintos mecanismos de los que dispone la Administración, la justificación de la misma e, igualmente, su carácter de competencia principalmente local —no debe olvidarse la importancia de esta cuestión, dada la variedad de Administraciones que pueden incidir en el ámbito urbanístico, de ahí también el interés de que esta monografía se incluya en la colección que la editorial Iustel dedica a cuestiones de Derecho municipal—.

Tras estas primeras nociones imprescindibles para comprender de forma adecuada el tema objeto de estudio, pasa el profesor Luciano PAREJO a una exposición detallada de la protección de la legalidad urbanística y de la sanción a su incumplimiento; comenzando por explicar la infracción urbanística como fundamento de toda reacción frente a la trasgresión de la ordenación urbanística, para continuar con la

**L. PAREJO ALFONSO**

**La disciplina urbanística**

[Iustel (Biblioteca de Derecho Municipal), Madrid, 2006, 184 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El profesor Luciano PAREJO ALFONSO, especialista —entre muchas otras materias— en Derecho urbanístico, nos ofrece una interesante monografía sobre un tema de máxima importancia en la materia.

exposición de los distintos supuestos de protección de la legalidad urbanística.

En concreto se estudian en este epígrafe los siguientes supuestos: los actos de edificación y uso del suelo en curso de realización no legitimados por licencia u orden de ejecución; los actos de edificación y uso del suelo ya consumados no legitimados por licencia u orden de ejecución; los actos de edificación y uso del suelo en curso de ejecución legitimados por licencia u orden de ejecución ilegales; los actos de edificación y uso del suelo ya consumados y legitimados por licencia u orden de ejecución ilegales; el régimen peculiar de los actos de aprovechamiento urbanístico de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres; los actos administrativos urbanísticos o no, infractores de la legalidad urbanística; el problema de la responsabilidad administrativa por razón de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, y concluyendo con el estudio de la acción pública.

Una vez se han visto los supuestos se pasa al análisis del Derecho sancionador, partiendo del principio de tipicidad y exponiendo tanto la clasificación de infracciones urbanísticas, como las personas responsables, las sanciones y la prescripción de las infracciones, finalizando con una interesante referencia a los distintos tipos de responsabilidad derivada de las infracciones urbanísticas.

Finalmente, como ya se ha avanzado, el autor no se resiste a hacer un estudio de las distintas normas autonómicas que han hecho alguna previsión interesante en relación con la disciplina urbanística.

Sin duda se trata del estudio de una materia imprescindible y de máxima actualidad como es la disciplina urbanística, lo que ya de por sí hace atractiva su lectura a lo que además contribuye de forma muy significativa la aportación intelectual del autor de esta obra.

**J.A. CARRILLO DONAIRE, E. GUICHOT REINA  
y F. LÓPEZ MENUDO**

### **La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos**

[Lex Nova, Valladolid, 2005]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como ya se ha puesto de manifiesto en números anteriores de esta Revista, uno de los temas que se encuentran en pleno debate doctrinal es el de la responsabilidad de los poderes públicos, siendo objeto de múltiples estudios, uno de ellos es el que presentan los profesores CARRILLO DONAIRE, GUICHOT REINA y LÓPEZ MENUDO.

Esta institución, la responsabilidad extracontractual, es sin duda uno de los elementos claves del Derecho Administrativo en particular y del Derecho Público en general, además de constituir una de las más importantes garantías que reconoce la Constitución.

La presente obra supone un estudio muy interesante del tema por diversas razones además de la incuestionada solvencia científica de los autores, entre ellas porque no se limita al análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que también se extiende a uno de los temas más controvertidos del momento y que sin duda, en mi opinión, aún requiere una mayor claridad en la normativa al respecto, me refiero a la responsabilidad del Estado legislador, sin olvidar tampoco la responsabilidad del Poder Judicial y la responsabilidad derivada del incumplimiento de la normativa comunitaria; pero además el interés también viene del exhaustivo análisis jurisprudencial,

lo cual es muy importante, pues no debe olvidarse, como los propios autores señalan, que la ley siempre quedará desbordada por el inmenso casuismo que ofrece la realidad.

Para llevar a cabo este estudio el libro se divide en seis capítulos: el primero dedicado a una primera aproximación a esta institución a través de los elementos caracterizadores del sistema, es decir, la objetividad, la antijuridicidad y la causalidad; en el capítulo segundo se estudia otra cuestión básica de la responsabilidad como es el daño indemnizable; en el tercero se analizan diversos aspectos procesales; ya en el cuarto se centra en la responsabilidad del legislador, tanto respecto de leyes inconstitucionales como de aquellas que no son contrarias a la Constitución; en el quinto se ocupa de la responsabilidad del Poder Judicial, y concluye en el sexto con la responsabilidad por infracción del Derecho Comunitario.

Finalmente cabe señalar que este interesante libro está acompañado de un CD-ROM que incorpora las sentencias manejadas en el mismo, lo que lo hace aun más práctico e interesante, sin perder de vista no obstante su valor y rigor científico.

**J. GONZÁLEZ PÉREZ**

### **Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**

[Thomson-Civitas, Madrid, 4ª ed., 2006, 708 páginas]

EVA MARÍA MIENÉNDEZ SEBASTIÁN

En la línea expuesta de la importancia de la materia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y, en concreto, de la Administración, se encuentra la cuarta edición de la obra del profesor GONZÁLEZ PÉREZ sobre el tema.

Esta obra al igual que la anteriormente comentada parte de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aportando además el análisis

del debate doctrinal que dichas sentencias han originado.

Que esta edición sea la cuarta da muestra de la buena acogida de este libro así como de la necesidad de actualizar la mencionada jurisprudencia y doctrina que desde la última edición en el año 2004 se ha producido. A este respecto ya se ha dado cuenta en números anteriores de esta Revista del interés que la materia ha despertado en los últimos tiempos en nuestra doctrina, siendo muchos los trabajos que han visto recientemente la luz en relación con la responsabilidad de los poderes públicos.

El autor, bien conocedor de la materia, se adentra en una de las cuestiones más debatidas en el actual panorama doctrinal: la gran amplitud que se ha venido reconociendo a la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas en nuestro sistema, lo cual ha dado lugar por otra parte a un gran número de sentencias al respecto.

Desde el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 hasta el momento ésta ha experimentado una importante extensión que si bien en su momento supuso un sistema de responsabilidad sin parangón en el Derecho comparado, elogiado por la doctrina y tomado como modelo en diversos ordenamientos, hoy empieza a ser objeto de ciertas críticas o, cuanto menos, de ciertas dudas. Situación que requiere una reforma que clarifique diversos aspectos tal y como han reclamado diversos autores, entre ellos, incluso su principal precursor el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, como ya se ha tenido ocasión de manifestar en el comentario a su libro publicado en el número 30 de esta Revista (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2005, 290 págs.)

Por todo ello esta monografía resulta una aportación interesante y a tener en cuenta respecto al citado debate doctrinal en relación con la materia de la responsabilidad, haciéndose eco y mostrándonos las últimas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales al respecto.

**H. LOSADA GONZÁLEZ**

**Código de la Función Pública**

[Iustel (Códigos), Madrid, 2006, 1448 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Entre las materias en que se hace necesaria una clarificación y ordenación de la regulación vigente se encuentra sin duda la función pública, pues el gran número de normas a tener en cuenta en este ámbito dificulta el conocimiento adecuado del panorama jurídico de este tema.

A esta finalidad responde la recopilación que presenta LOSADA GONZÁLEZ –Letrado del Tribunal Constitucional–, pues en esta obra no sólo recoge de forma ordenada más de setenta normas sino que además las sistematiza y acompaña de comentarios interesantes en los que refleja la doctrina jurisprudencial, muy especialmente del Tribunal Constitucional, lo que aporta un mayor valor a esta de por sí útil recopilación.

La normativa ordenada, sistematizada y anotada es además muy completa, más de setenta disposiciones, como ya se ha dicho, entre las que se encuentra tanto la regulación de la función pública a nivel estatal, como autonómica y local, lo cual enriquece igualmente este Código y, muy especialmente, lo hace muy práctico al poder disponer en un único texto de las diversas normas que se encargan de esta materia en los tres niveles territoriales.

De este modo la obra se presenta dividida en tres partes, la primera referente a la le-

gislación estatal de función pública. En ella se incluye no sólo la legislación general sobre funcionarios, sino también la regulación de la relación funcional especial del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud y de colectivos funcionariales especiales como los Órganos constitucionales, Administración de Justicia, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado; pasando a continuación a presentar la normativa estatal sobre función pública referente a los siguientes aspectos: la selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo, las situaciones administrativas, el régimen de incompatibilidades, el régimen disciplinario, los derechos y deberes, la seguridad social, la organización administrativa y la gestión de personal.

La segunda parte se centra en la normativa sobre función pública local, comprendiendo a su vez dos cuestiones: la normativa general de los funcionarios de la Administración Local y la normativa específica de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

La tercera y última parte de este Código se destina a la normativa autonómica y comprende las leyes sobre función pública de cada Comunidad Autónoma, respecto de la cual junto a las anotaciones referentes a su correspondiente desarrollo y la jurisprudencia oportuna se incluyen las concordancias con la normativa estatal.

Por todo ello se trata de un Código de máxima utilidad que comprende un abanico muy amplio y completo de normas referentes a la función pública en sus tres niveles territoriales y a lo que se une una labor de concordancias, desarrollos y comentarios de jurisprudencia, especialmente constitucional, que dada además la experiencia al respecto del autor la convierten en una obra de referencia en la materia.

**A.M. MORENO MOLINA****Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España**

[Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006, 555 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Si la repercusión del Derecho comunitario en el nuestro propio es de máxima importancia en muchas materias una de ellas es sin duda la del medio ambiente, de ahí el interés de la monografía del profesor MORENO MOLINA que ahora se comenta.

En ella se hace un estudio completo del tema medioambiental desde la perspectiva comunitaria, incluyendo tanto el aspecto institucional como la regulación sectorial y su aplicación al sistema español.

Con la finalidad de ofrecer una visión global de uno de los temas de máxima actualidad e importancia el autor no sólo estudia la regulación de los diversos ámbitos afectados, sino que se hace eco también de los principios informadores de dicha normativa, su contexto institucional y su fundamento político-constitucional, lo que nos permite a los lectores hacernos una composición de lugar completa del panorama actual que el Derecho comunitario ha venido construyendo, fundamentalmente, en las tres últimas décadas.

Además el estudio no se queda en esa visión comunitaria sino que el autor expone también la aplicación de dicho acervo jurídico en nuestro sistema, analizando las principa-

les normas españolas al respecto, así como también se hace eco de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a algunos incumplimientos en que ha incurrido España.

Todo ello lo hace el autor con un importante rigor científico pero a la vez con una claridad que permite adquirir una visión global de un tema tan complejo como el medio ambiente, pues no debe olvidarse la necesaria perspectiva transversal de la materia por los múltiples sectores en que incide.

Para llevar a cabo este ambicioso objetivo el autor divide su obra en tres partes: la primera dedicada a la política y al Derecho ambiental de la Unión Europea desde el punto de vista de los aspectos institucionales, dividida esta primera parte en tres capítulos dedicados secuencialmente a la política ambiental de la Unión Europea: caracteres, evolución y principios informadores; el segundo a la política y Derecho ambiental en la Unión Europea: actores, procesos y resultados, y el tercero a la ejecución y control del Derecho ambiental europeo. La segunda parte se centra en el estudio de los instrumentos horizontales comprendiendo los capítulos cuarto y quinto; finalmente la tercera parte se dedica al estudio de la protección sectorial que incluye los capítulos sexto al décimo relativos a la protección de las aguas y de la atmósfera, a la regulación de los residuos, a la protección de la naturaleza, a los productos peligrosos y biotecnología y, finalmente, a los métodos que el autor califica como "alternativos" de protección ambiental; lo que da muestra de la exhaustividad del estudio.

Por todo ello sólo resta señalar respecto a esta monografía su gran interés tanto para adquirir una visión global de un tema tan importante pero a la vez complejo como es el medio ambiente, pero también para conocer la regulación concreta de diversos sectores en que tiene presencia dicho tema.

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

**Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos**

[Cuadernos Civitas, 2006, 165 páginas]

VANESSA BALLESTROS MOYA

Este libro recoge la lección magistral leída por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER con motivo de la recepción del doctorado *honoris causa* que le fue concedido por la Universidad de Bolonia, el 24 de octubre de 2005.

Esta magnífica obra, culminación de estudios anteriores, trata de mostrar al lector una acuciante realidad, la interconexión de ordenamientos jurídicos en materia de derechos humanos, la cual, tal como señala el autor, es una de las características propias de nuestro tiempo. Si bien, lo que tiene de novedoso y, de ahí su gran mérito, es detectar, evidenciar y proponer soluciones a los problemas que de dicha realidad se pueden derivar.

En cuanto a la sistemática de la obra, el profesor de la Complutense realiza un análisis del proceso de afirmación de los derechos

humanos acaecido en España y en Europa, para detenerse en el complejo sistema actual y examinar la fuerza y el contenido de las diferentes vías existentes para la protección y defensa de los derechos humanos: i) en el ámbito interno a través de las Constituciones de cada Estado; ii) en el seno del Consejo de Europa mediante el Convenio de Roma; iii) finalmente, los instrumentos al servicio de los derechos humanos emanados de la Unión Europea.

El contenido de los siete capítulos que conforman esta disertación, entiendo, pueden ser agrupados en tres bloques. En el primero estudia el proceso de consagración de los derechos humanos, tras la II Guerra Mundial. El segundo, la evolución que al respecto ha tenido el ordenamiento comunitario. Finalmente, el profesor MARTÍN-RETORTILLO nos ofrece una visión práctica del asunto, señalando las dificultades que se plantean a los jueces nacionales que han de lidiar simultáneamente con tres cartas de derechos fundamentales y tres fuentes jurisprudenciales sobre un mismo objeto.

En resumen, la presente obra se enfrenta con gran brillantez a la compleja y sugerente realidad de nuestros días, invita a la reflexión y es de suma utilidad para aquellos juristas y profesionales que se encuentren inmersos en este interesante entramado.



## 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](mailto: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.

