Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco. **Javier Barnés Vázquez** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva. **Antonio Embid Irujo** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. **Germán Fernández Farreres** Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid. **Javier García Roca** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad 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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 32** JULIO 2006

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Responsabilidades administrativas en materia de prevención de riesgos laborales y coordinación de actividades empresariales**
JESÚS R. MERCADER UGUINA

[39] **El acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional**
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[337] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Responsabilidades administrativas en materia de prevención de riesgos laborales y coordinación de actividades empresariales

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

La realidad económica de nuestro país muestra con claridad que los mayores índices de siniestralidad laboral se concentran en las actividades desarrolladas por contratas y subcontratas de obras y servicios, en especial, en el sector de la construcción. El objeto del presente estudio se concentra en el análisis de las técnicas que proporciona el Derecho Administrativo Sancionador en esta materia y, más en particular, en el confuso juego del principio de culpabilidad y en las no menos inestables reglas del de solidaridad. Desde este marco de referencia, el estudio abunda en la interpretación judicial de tales cuestiones y en el impacto que, sobre esta materia, está llamado a tener el RD. 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, norma que establece los deberes a cargo de las diferentes empresas afectadas en los distintos procesos de concurrencia empresarial.

Abstract

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITIES IN MATTER OF PREVENTION OF LABOR RISKS AND COORDINATION OF MANAGERIAL ACTIVITIES

The economic reality of our country shows with clarity that the biggest indexes of labor accidentality are concentrated on the activities developed by contracted and subcontracted works and services companies, especially in construction sector. The object of the present study is concentrated on the analysis of the techniques that provide the Penalizer Administrative Right in this matter and, in particular, in the confused game of culpabil-

ity principle and in those no less unstable rules of that of solidarity. From this reference scope, the study deepened in the judicial interpretation of such questions and in the impact that, on this matter, it is called to have the RD 171/2004, of January 30, for which is developed the article 24 of Law 31/1195, of November 8, of Prevention of Labor Risks, as regards coordination of managerial activities, norm that establishes the duties in charge of the different affected companies in the different processes of managerial concurrence.

Sumario:

I. La exigencia de culpabilidad como elemento configurador del ilícito administrativo en materia de prevención de riesgos laborales. II. Principio de culpabilidad y reglas de responsabilidad solidaria. A) El tormentoso pasado de la regla de responsabilidad en nuestra legislación. B) Fundamentos normativos del actual régimen en materia de coordinación de actividades. **III. Cuadro de deberes y distribución de responsabilidades administrativas en los distintos supuestos del artículo 24 LPRL. Las precisiones del RD 171/2004.** A) Empresarios independientes concurrentes. a) Presupuestos: coincidencia en un mismo centro de trabajo. b) Deberes de cooperación derivados. a') Contenido de la información. b') Forma de la información. c') Obligaciones del empresario concurrente una vez recibida la información. d') Establecimiento de medios de coordinación entre los empresarios concurrentes. c) Especialidades de la presencia de trabajadores autónomos en el centro de trabajo. d) Responsabilidades administrativas concurrentes. B) El desarrollo de actividades empresariales en centros de trabajo de los que otro es titular. a) Presupuesto: "empresario titular del centro de trabajo". b) Deberes de cooperación e instrucción derivados. a') Mera titularidad del centro sin aportación de trabajadores. b') Titularidad del centro con aportación de trabajadores que concurren en el centro con los de las demás empresas de actividad distinta. c) Responsabilidades administrativas. C) Contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y desarrollada en su centro de trabajo. a) Presupuesto: contratas de "obras o servicios correspondientes a la propia actividad". b) Deberes de cooperación, instrucción y vigilancia derivados. c) Establecimiento de medios de coordinación. d) Responsabilidades administrativas: artículo 43.2 LISOS. D) Contrata correspondiente o no a la propia actividad de la empresa principal y no desarrollada en su centro de trabajo pero con "maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal".

I. LA EXIGENCIA DE CULPABILIDAD COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Cualquier analista que se acerque al terreno de la culpabilidad y proyecte su análisis en el terreno del Derecho Administrativo Sancionador no puede dejar de sentir una cierta sensación de perplejidad. Se dice que la "perplejidad" es el estado de "perplejo" y éste es aquel que se encuentra, según el *Diccionario de Uso* de MARÍA MOLINER, "confuso o vacilante, sin saber qué pensar, cómo salir de una situación embarazosa o cuál elegir entre varias cosas o decisiones posibles". Tal estado se alcanza sin dificultad cuando se contrastan rotundas afirmaciones jurisprudenciales con la valoración que de las mismas realiza la más cualificada doctrina administrativista.

LA CULPABILIDAD NO ES ELEMENTO ESENCIAL PARA LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES SANCIONABLES POR LAS AUTORIDADES LABORALES EN MATERIA DE HIGIENE Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

En efecto, la afirmación de que "únicamente es sancionable una acción antijurídica realizada por un autor culpable"[1] de forma que "puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa"[2] es llevada al punto de considerar al principio de culpabilidad como "un principio estructural básico del ordenamiento punitivo". En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que "la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal"[3], que "rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa[4].

Tan contundentes afirmaciones contrastan vivamente con las reflexiones que, desde una perspectiva, realiza la doctrina administrativista. Se dice, así, que "el verdadero problema no es tanto determinar si opera o no, la exigencia de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador como precisar el grado de operatividad, es decir, las peculiaridades que este campo ofrece la regulación propia del Derecho Penal" pero, además, se dice, "la mayor dificultad es de índole técnica y consiste en

(1) STS (cont.) de 27 de mayo de 1999 (RJ 4504).

(2) STS (cont.) de 23 de enero de 1998 (RJ 601).

(3) STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4º.

(4) STC 76/1990, de 26 de abril y STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2º.

lo siguiente: a la hora de 'trasponer' al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal, sucede que como no se cuenta con una clara base dogmática previa, el progreso resulta vacilante y con no pocas contradicciones. De tal manera que, admitido el principio de culpabilidad no se sabe exactamente en qué deba consistir"[5]. A lo anterior se añade que, el apoyo constitucional es, más que "frágil, nulo sin paliativos", pues "la Constitución en ninguna parte proclama el principio de voluntariedad en la comisión de ilícitos. Una vez más se trata de un elemento que se ha añadido posteriormente sin explicación alguna. La Constitución garantiza el principio de culpabilidad no porque ella lo diga sino porque otros dicen que lo dice. Se trata, por tanto, de una cuestión de fe, que es creer lo que no leemos con nuestros propios ojos"[6].

Resulta, pues, evidente, que no puede decirse que entre las afirmaciones mantenidas por la jurisprudencia y las conclusiones alcanzadas por la doctrina se produzca un resultado que quepa ser calificado de coherente. La cuestión o duda surge de inmediato: ¿de qué lado debe inclinarse la balanza?, ¿es la culpabilidad un principio estructural del orden sancionador o resulta, más bien, un accidente en la retórica judicial? Veamos.

La introducción del principio de culpabilidad en el campo del Derecho Administrativo sancionador ha sido calificada de extremadamente compleja al tratarse de un sector del ordenamiento donde han predominado las cláusulas de responsabilidad objetiva, mediante las cuales se habilitaba la imposición de sanciones con base en la acreditación de los hechos infractores y su reputación a una persona determinada, esto es, con independencia de la índole de la participación del sujeto sancionado en los mismos[7]. Esta herencia genética se mantiene en la lógica que informa gran número de las decisiones judiciales[8].

Es evidente que la exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa, como el Tribunal Constitucional ha declarado, violaría determinados derechos fundamentales, en concreto al derecho a la presunción de inocencia que se recoge en el artículo 24.2 CE[9], pero también lo es que, normativamente, en la LISOS, la culpabilidad no es componente esencial en la configuración legal de la infracción administrativa en el orden social, por cuanto "en este ámbito se prescinde implícita aunque inequívocamente de tal requisito"[10] de forma que, positivamente, la culpabilidad quedaría convertida, ex-

(5) Es referencia imprescindible en esta materia el luminoso estudio de A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2005, Madrid, 4ª ed., pág. 374

(6) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 375-376.

(7) J. GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 108.

(8) La jurisprudencia había venido destacando tradicionalmente el carácter objetivo de la responsabilidad empresarial en materia de seguridad e higiene. Así la STS (cont.) de 29 de diciembre de 1991 señaló que "el fundamento de la responsabilidad empresarial se centra más en la transgresión del ordenamiento jurídico que en los subjetivos de dolo o culpa". Más claramente, la STS (cont.) de 26 de marzo de 1984 estableció que "esta Sala tiene reconocido con reiteración que el elemento constitutivo de la infracción de las disposiciones que tutelan dicha materia (...) lo que confiere naturaleza objetiva a la responsabilidad administrativa".

(9) STC 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3º.

(10) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 372.

clusivamente, "en un elemento modal de la graduación de la sanción administrativa"[11]. Es, pues, el terreno de las infracciones y sanciones en el orden social un ámbito de delicada experimentación de este principio, dado que, a su juego ya relativo, se unen aquí las especialidades y singularidades propias que a él se añaden.

Más en concreto lo cierto es que en el ámbito de las conductas sancionables en el ámbito de la prevención de riesgos laborales no se alude expresamente a ese principio de culpabilidad, probablemente "no porque se prescinda del mismo, sino porque en las conductas tipificadas que reúnen los requisitos a los que se refiere la propia LPRL normalmente concurre un principio de culpa", pues, "si el empresario incumple las normas sobre prevención de riesgos laborales ello sólo puede deberse, salvo supuestos de fuerza mayor y excepcionales, a la voluntad de incumplirlas o a la negligencia en su cumplimiento y en ambos supuestos existe elemento de imputación por dolo o imprudencia. En el mejor de lo supuestos cabría hablar de un incumplimiento por desconocimiento, pero también este supuesto sería imputable a título de negligencia"[12]. Quedaría, pues, la duda de si cuando la LISOS prescinde en este ámbito de la referencia al dolo o culpa, lo hace porque obvia la necesaria concurrencia de dicho elemento de imputación o porque, por el contrario, se limita a presumir su existencia.

La anterior línea de tendencia se refuerza si tenemos en cuenta el inciso "a título de simple inobservancia" del artículo 130.1 LRJAPC, en cuanto en el mismo no se hace referencia alguna al elemento subjetivo de la culpa ni a los grados de dolo, culpa o negligencia necesarios para sancionar una conducta infractora. Sin embargo, doctrinalmente se ha señalado que del tenor literal del precepto en modo alguno puede inferirse, trasladando la doctrina constitucional sentada en la STC 76/1990, que el precepto haya eliminado el elemento subjetivo de la culpa, debiendo llegarse a la conclusión de que el inciso "aun a título de simple inobservancia" es una prueba evidente de que se está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo, culpa y negligencia, de modo que la simple inobservancia de la Ley, esto es, la realización objetiva de la acción u omisión tipificada como infracción administrativa, sin ninguna referencia a la voluntad del sujeto infractor, no puede ser objeto de sanción al resultar inadmisible en nuestro ordenamiento jurídico un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa[13]. La responsabilidad por mera inobservancia, ha concluido A. NIETO, "no excluye por completo la presencia de una cierta culpabilidad, puesto que tal inobservancia o incumplimiento es consecuencia de una acción humana (ordinariamente por omisión) que puede ser culpable o no culpable", en rigor se trata de una especie de "presunción de culpabilidad"[14].

Entrando en el específico terreno de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la tendencia objetivadora alcanza su techo. En este ámbito, la responsabilidad atiende exclusivamente al incumplimiento normativo y no a los daños causados, que, en

(11) A. BLASCO PELLICER, *Sanciones Administrativas en el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 32.

(12) C. ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 98.

(13) C. CHINCHILLA MARÍN, *Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, en AAVV *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 761.

(14) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 398.

su caso, sólo servirán de elemento de graduación [artículo 39.3.d) LISOS]. Es, de este modo, una responsabilidad que deriva de conductas y no de los resultados que éstas produzcan de modo que, como con claridad se ha dicho, "la circunstancia de que la infracción consista en un deber no sólo elimina la presencia de la culpabilidad del autor sino que también prescinde del resultado dañoso. En otras palabras: aunque del incumplimiento no se hayan derivado daños para el trabajador, la infracción existe"[15].

Así se ha aceptado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS al señalar que "la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre agente y resultado típicamente punible, no es elemento esencial para la existencia de infracciones sancionables por las Autoridades Laborales en materia de Higiene y Seguridad en el Trabajo" toda vez que lo sancionable en este ámbito es el mero incumplimiento de la normativa preventiva "con entera independencia de que la conducta infractora produzca o no perjuicios materiales y con autonomía respecto a las responsabilidades que pudieran concurrir en los otros ordenes jurisdiccionales, civil, penal e incluso laboral"[16].

La STSJ de Galicia (cont.) de 23 de enero de 1998 (RJCA 181) ha afirmado expresamente esta postura al señalar que las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, procedentes de la antigua tipificación de la LISOS, tienen su "fundamento constitutivo en el incumplimiento por parte del empresario de las disposiciones o prescripciones legales, reglamentarias o convencionales de prevención de riesgos laborales (infracción de mera actividad, de riesgo o peligro), al margen o con independencia de otras responsabilidades por los resultados que pudieran derivarse, sancionándose en definitiva la vulneración del deber de protección que pesa sobre el empresario correlativo al derecho del trabajador a que se le dispense una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

De igual modo, es preciso considerar que la conducta del trabajador es irrelevante a efectos de determinar si concurre responsabilidad empresarial. Esta conclusión se obtiene de dos previsiones fundamentales de la Ley, de un lado, el artículo 29 que regula las obligaciones de los trabajadores, entre las que destaca, a los efectos de lo que aquí estamos examinando, la obligación de "cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores"; pues bien, el incumplimiento de dicha obligación tendrá la consideración de falta conforme al artículo 58.1 ET, no haciéndose referencia alguna a su posible consideración como causa de exclusión de la culpabilidad del empresario o, al menos, al establecimiento de un sistema de concurrencia, sistema que sí podría resultar aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados[17]. En el mismo sentido el artículo 15.4, que regula los principios de la acción preventiva,

(15) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 449.

(16) STS (cont.) 2 de julio de 1996 (RJ 5605).

(17) C. TOLOSA TRIBIÑO, "Comentario al artículo 39", en AAVV, *Comentarios a la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 392.

establece que: "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador", precepto del que parecen desprenderse dos conclusiones, de un lado carga en el empresario la responsabilidad de prever los posibles incumplimientos del trabajador derivados de su propia negligencia y, de otro, podría hacernos pensar en la exclusión de responsabilidad en los supuestos de imprudencia temeraria, en una interpretación a *sensu contrario*[18].

No basta por ello la mera puesta a disposición de los elementos se seguridad, la simple aseveración de su uso o incluso la prohibición expresa de prácticas peligrosas, de modo que lo importante no es el indicar las medidas o la simple puesta a disposición de los trabajadores de los medios de protección, sino el cuidar que éstas se hagan realidad, que se adopten y se usen"[19]. En el desarrollo de la actividad laboral de las empresas existe "un deber de seguridad por parte del titular de la empresa que obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios o dispositivos de seguridad, preventivos del riesgo, impidiendo, si ello fuera necesario, la actividad de quienes, por imprudencia o negligencia, incumplan el debido uso de aquéllos, incluso a través del ejercicio de la potestad disciplinaria"[20]. El fundamento sobre el que se apoya aquel deber es la "deuda de seguridad" de la empresa respecto de sus trabajadores, deuda que "no se agota con darles los medios normales de protección, sino que viene además (la empresa) obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además, de la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales"[21].

EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL EMPRESARIO SUPONE UNA CONSTANTE VIGILANCIA Y PUESTA EN PRÁCTICA DE MEDIDAS PREVENTIVAS EFICACES

(18) Ni incluso para algunos autores en este caso extremo pues consideran que la imprudencia de éste, incluso la temeraria o grave, "puede tener influencia en los daños causados y, por tanto, en la graduación de la sanción, pero no impide que haya existido un incumplimiento del empresario que será ya sancionable, aunque no haya ocasionado daños o aunque de concurrir se hayan debido o agravado por la imprudencia del trabajador", como señala C. ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud Laboral*, cit., pág. 99.

(19) STS (cont.) de 3 de marzo de 1998 (RJ 2307).

(20) STS (cont.) de 22 de abril de 1989 (RJ 2877).

(21) STS (cont.) de 22 de octubre de 1982 (RJ 5794); más recientemente, STSJ Cataluña (cont.) de 10 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 123301). Esta doctrina es continuadora de la anteriormente establecida en las SSTS (cont.) de 4 de octubre y 6 de noviembre de 1976, donde se resalta que como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular, sobre éste recae la escrupulosa observación de las medidas preventivas en la seguridad del trabajador, no siendo enervada tal obligación por la posible imprudencia del trabajador. Y concluye afirmando que "la empresa también debe adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la plena eficacia de la debida prevención de riesgos porque no estamos ante una responsabilidad objetiva, sino ante una culpa *in vigilando*, por lo que se exige a la empresa la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas".

Como resume la doctrina, parece exigirse una vigilancia integral pues: "el deber de prevención del que es titular principal el empresario, debe suponer, en todo caso, una constante vigilancia y puesta en práctica de todas y cuantas tareas y medidas preventivas sean eficaces, según el estado de la tecnología, para proporcionar un lugar de trabajo libre de riesgos laborales conocidos", de forma que debe adaptar su conducta para que sea la del "más cuidadoso, minucioso y detallista en el cumplimiento de sus obligaciones" de modo que si bien ese deber "no se puede calificar como una obligación de carácter absoluto, sí se puede decir que se acerca a esa calificación"[22]. Como ha puesto de relieve A. NIETO, de lo anterior lo que se deduce con claridad es que en este proceso "el elemento subjetivo de la culpabilidad pierde su esencialidad característica del delito porque a efectos de prevención de peligros abstractos, lo que al Estado le importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento. El Estado no busca culpables ni siquiera autores sino responsables, hasta tal punto que a la mera inobservancia le corresponde la mera responsabilidad"[23].

Por eso la jurisprudencia ha sostenido desde antiguo que el empresario, como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa, ha de observar escrupulosamente el cumplimiento de las medidas preventivas de la seguridad y salud del trabajador, no siendo enervada esta obligación por la posible imprudencia de éste. Se trata no sólo de que se cumplan de modo formal estas obligaciones, sino a que realmente se acredite la utilización de estas medidas de seguridad mediante la vigilancia de su efectiva realización, pues la responsabilidad empresarial "no se trata de una responsabilidad objetiva que ineludiblemente dirige a una responsabilidad a ultranza, sino de una *culpa in vigilando* previendo los ordinarios comportamientos imprudentes del trabajador, en orden a la plena eficacia de la debida prevención de los riesgos"[24]. Queda, en todo caso, por resolver el alcance del artículo 39.3 LISOS al expresar que la conducta general seguida por la parte empresarial en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales es un criterio de graduación de las sanciones. Los criterios de la LISOS, y en particular, el punto h) del citado precepto, ha sido visto también como criterio apto para incluir la conducta del trabajador a efectos de disminuir, no de exonerar, la gravedad de la sanción administrativa empresarial[25].

Significativa es, en este punto, la STS (cont.) de 19 de abril de 2004 (RJ 4049). En este caso, se había impuesto una sanción administrativa por infracción muy grave consistente en deficiencias en las medidas de seguridad en el trabajo (artículos 7.2 y 62.1 de la OSHT) que se habían puesto de relieve con ocasión de un accidente de trabajo producido cuando un trabajador fallece tras subir a un poste de hormigón para reparar determinados elementos de una de las derivaciones de una línea eléctrica de alta tensión, sin que se le hubiera comunicado que la línea estaba en servicio y sufre una descarga eléctrica.

(22) C. CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 226 y 228.

(23) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 378.

(24) STS (cont.) de 27 de marzo de 1998 (RJ 2869).

(25) C. TOLOSA TRIBIÑO, "Comentario al artículo 39", cit., págs. 391-397.

La empresa sancionada recurre la sanción por entender que existió imprudencia de trabajador (que había quedado acreditada en STSJ de Valencia, Sala de lo Social, sobre recargo de prestaciones en la que se afirma que "consta probado que el accidente se produce por una caída desde el poste, tras subir el accidentado hasta cierta altura, en la que le alcanzó la corriente eléctrica, porque no esperó a que se avisase de estar cortada la corriente. No se conocen las causas por las que empezó a subir sin esperar aquel aviso"). Y el Tribunal Supremo afirma que sí "debe ponderarse o valorarse en estos casos de lesión del operario por falta de adopción de medidas de seguridad por parte de la empresa el importante extremo de si concurrió imprudencia del trabajador". Ahora bien, continúa el Tribunal, "para fijar la cuantía de la sanción a imponer en vía administrativa y para pronunciarse sobre esa fijación en vía judicial, debe atenderse al dato de que en el nexo de causalidad entre los hechos acaecidos y la lesión sufrida sea un elemento concurrente de notable importancia la imprudencia del trabajador. Es decir, incluso en el caso de que esa imprudencia se produzca, no procede ponderar la cuantía de la sanción cuando lo verdaderamente determinante sea que la empresa no adoptó las medidas oportunas de seguridad, de modo tal que (con o sin imprudencia del trabajador), el riesgo de lesión fuera cierto. Ello es justamente lo que sucedió en el caso de autos, en el que la empresa no se aseguró de que se encontraba fuera de funcionamiento la línea de alta tensión eléctrica en la que permitió trabajase el operario, por lo que tanto con imprudencia de éste como sin ella el riesgo era desde luego cierto".

Tan contundente como minoritaria resulta, finalmente, la tesis mantenida por la STSJ de Navarra de 20 de febrero de 2003 (RJCA 23/2004). En la misma, producido un accidente laboral, el Tribunal absolvió a la empresa dado que la Administración no había probado que hubiera negligencia ni tampoco que se hubiera inobservado ninguna norma. En estas condiciones, el resultado dañoso resulta irrelevante (a los efectos resarcitorios) porque "como la infracción no viene calificada ni cualificada por el resultado (había) que demostrar (o negligencia) o que se había faltado a la normativa de prevención en el trabajo. Y no se nos diga que si hubo accidente fue porque había riesgo por cuanto hasta la actividad más inocua puede llevar consigo riesgo (un escribiente puede caerse de la silla y desnucarse, por ejemplo".

Es importante recordar que tampoco pueden ser consideradas como causas de exoneración de dicha responsabilidad, como regla general, la existencia de obligaciones del trabajador o de terceros (mandos, servicios de prevención, entidades especializadas, etc.) (artículo 14.4 LPRL); la mera insuficiencia de la formación o información suministrada al trabajador es causa de responsabilidad empresarial (artículo 12.8 LISOS) como han reconocido las SSTS (cont.) de 18 de febrero de 1997 (RJ 1102) y 4 de marzo de 1997 (RJ 2020). O, en fin, la dificultad técnica de las medidas de prevención que debieron adaptarse, ya que, conforme a la ley, éstas deben ser todas cuantas sean necesarias (artículo 14.2 LPRL), en la línea de lo afirmado por la STS (cont.) de 29 de noviembre de 1996 (RJ 8704).

Resulta evidente, por todo ello, que en el ámbito de la prevención de riesgos se observa una tan fuerte tendencia objetivadora que se hace difícil, cuando no imposible, detectar con certidumbre la propia y precisa existencia del referido principio de culpabilidad. Lo

que parece poder llevar a considerar como puramente retórica la afirmación que una y otra vez se contiene en los pronunciamientos judiciales existentes en la materia y a tenor de la cual: "en todo acto sancionador se requiere para ser conforme a derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de esos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el individuo que sea contraria a la misma y antijurídica, para efectuar correctamente el reproche administrativo".

II. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y REGLAS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El artículo 130.3 LRJPAC señala que "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan". Y, añade: "serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores".

Este precepto introduce en el ámbito sancionador la "discutible regla de imponer una responsabilidad solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan"[26]. El carácter controvertido de este particular tipo de responsabilidad se pone de manifiesto por la propia jurisprudencia contenciosa que, desde una clara visión negativa de la misma, únicamente la admite cuando aparece bendecida por el propio legislador. Así, a título de ejemplo, la STS (cont.) de 26 de enero de 1998 (RJ 573), señaló cómo "la responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede penetrar en el ámbito del Derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos". Cuestión distinta, se dice, "es la posible tipificación de conductas que, por acción u omisión, puedan estimarse por Ley formal sancionables, o que ésta disponga diferentes formas de participación en el hecho tipificado como tal infracción y señale expresamente la sanción que a estas formas participativas corresponda, pero lo que no cabe es la imputación solidaria de responsabilidades punibles". Esta opinión crítica se ve certificada por la doctrina más solvente: "el régimen general de la responsabilidad solidaria y subsidiaria en el Derecho Administrativo Sancionador resulta

(26) R. PARADA, *Derecho Administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 532.

singularmente confuso puesto que su propia naturaleza constitucional es dudosa y más todavía su viabilidad operativa"[27].

Conviene no obstante aclarar que la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador resulta perfectamente ajustada a la Constitución, tal y como tuvo ocasión de establecer la STC 76/1990, de 26 de abril. La referida sentencia afirma que:

> "Ha de señalarse, en primer lugar, que el precepto no consagra, como ya se ha dicho, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el artículo 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve. En segundo lugar, debemos declarar que no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable *a posteriori* entre los distintos responsables individuales. De ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico."

TAMBIÉN EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA SE REQUIERE LA CONCURRENCIA DE DOLO O CULPA AUNQUE SEA LEVE

Del contenido de la referida sentencia y a los efectos que aquí nos interesan conviene destacar que "una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve", esto es, en los supuestos de responsabilidad solidaria en materia sancionadora no se excluye la exigencia de culpabilidad, lo que, sin duda, permitirá a los Tribunales modular la exigencia de la responsabilidad solidaria.

(27) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 437.

Las reservas son, no obstante, notables, como ha señalado A. NIETO: "a fuer de sincero confieso que a estas alturas todavía no sé (mejor dicho, cada día sé menos) si el Tribunal Constitucional admite, o no, la responsabilidad solidaria y subsidiaria. Mi impresión es que en principio la rechaza por el conocido escrúpulo dogmático de la exigencia constitucional de la culpabilidad que a primera vista no aparece en estas figuras. Pero a renglón seguido el tribunal, con objeto de no tener que invalidar tantas leyes especiales y generales que la reconocen de forma expresa, acude a una habilidosa, aunque banal, manipulación técnica. Si la responsabilidad solidaria no tiene entrada en el sistema constitucional porque en ella falta la culpabilidad, para solucionar esta dificultad basta con buscar una cierta culpabilidad en el responsable solidario o subsidiario, lo que resulta muy fácil si se acude a las etéreas variantes de la culpa leve o levísima o la falta de diligencia debida: auténticas ganzúas que en manos de un juez dispuesto a sancionar le permiten abrir las puertas formalmente acorazadas de la culpabilidad respetando los dogmas porque ¿quién no es capaz de encontrar en cualquiera una culpa o negligencia o imprudencia leve o levísima?"[28].

Con las cautelas y dudas señaladas la administración deberá incoar el expediente sancionador frente a todos los posibles responsables al objeto de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos en la realización o colaboración de la supuesta infracción administrativa, debiendo recaer la sanción únicamente sobre los sujetos que hayan cometido o colaborado dolosa o culposamente en la realización de la infracción, pudiendo reclamar el pago de la sanción a una de las personas declaradas responsables.

Los supuestos de derivación de la responsabilidad punitiva, requieren también la garantía de la defensa del imputado por presunta responsabilidad solidaria o subsidiaria, partiendo de la base legal de ámbito general del artículo 130.3 LRJAPC que posibilita tal responsabilidad. Ello significa que, además de los requisitos comunes, han de señalarse en el acta las razones de hecho y de derecho que permiten la extensión de responsabilidad, en ocasiones por aplicación directa de la normativa sustantiva El artículo 14.1.a) RD 928/1998 establece, expresamente, la existencia de responsabilidad solidaria al establecer que en las actas de infracción deberá hacerse constar tal circunstancia, si se comprobase la existencia de responsabilidad solidaria, así como la fundamentación fáctica o jurídica de su presunta responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable directo.

En suma, los sujetos responsables, aun cuando estén conectados por esos vínculos de solidaridad, "responderán por la integridad de la sanción económica (multa) que corresponda a esa participación, o por las consecuencias accesorias que ello lleve aparejado (cierre, inhabilitación, etc.), sin que sea posible llegar a un reparto interno de la misma, ni repetir frente a otro lo abonado en concepto de multa"[29]. En este sentido, se vienen a considerar las reglas de responsabilidad solidaria como una cuestión de política legislativa "como un útil y cómodo instrumento para la Administración al poder dirigirse la

(28) A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 437.

(29) J. GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 3ª ed., pág. 198.

misma individualmente frente a cualquiera de los sujetos declarados responsables por el global de la sanción o frente a todos ellos simultáneamente, sin que ninguno de forma individual pueda oponer a la autoridad administrativa el solo cumplimiento de su cuota de responsabilidad"[30]. Como algún pronunciamiento expresamente ha reconocido: "la jurisprudencia, quizá por comodidad, no ha dudado en declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista"[31].

A) El tormentoso pasado de la regla de responsabilidad en nuestra legislación

La cuestión de la seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia empresarial había sido abordada por la Ordenanza de Seguridad e Higiene que, en su artículo 153, establecía que "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal". Responsabilidad que se imponía al empresario principal sin que ningún precepto hiciese recaer sobre él la obligación de controlar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene de contratistas y subcontratistas.

Esta regla de la responsabilidad solidaria fue asimismo asumida por el Decreto 1860/1975, de 10 de julio, sobre procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales que, en su artículo 2.3, preveía que "en todo caso, la empresa principal será solidariamente responsable con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones salariales, de Seguridad Social y de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, con respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal". Se trataba, es verdad, de una norma adjetiva pero que vino a consolidar la regla contenida en la Ordenanza.

Con la entrada en vigor de la Constitución primero y del Estatuto de los Trabajadores después quedó, sin embargo, en entredicho la operatividad de estas normas. De un lado, ni la Ordenanza ni el RD cumplían con el principio de legalidad y, de otro, podía defenderse que el Estatuto de los Trabajadores había derogado las normas reglamentarias. De hecho, hubo alguna jurisprudencia que restringió la aplicación de la responsabilidad a los supuestos de contratación y subcontratación referidos a la misma actividad que la principal y otra que entendió que las responsabilidades previstas en las normas reglamentarias ya no eran exigibles.

La LISOS, en su redacción de 1988, vino, sin embargo, a abordar de nuevo la cuestión, si bien sin asumir la técnica de la responsabilidad solidaria. En efecto, el artículo 40 LISOS, precedente del vigente artículo 42.3 LISOS, previó en su redacción originaria que "los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras y servicios correspon-

(30) I. PERELLO DOMENECH, J.C. DUQUE VILLANUEVA, "Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria", AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 314.

(31) STSJ de Murcia (Soc.) de 4 de junio de 2002 (JUR 2002/223917), en un caso de recargo de prestaciones.

dientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista". Un importante número de sentencias al aplicar dicho precepto calificó de solidaria la responsabilidad del empresario principal establecida en dicho precepto. No obstante, la STS (cont.) de 3 de julio de 2000 (RJ 3714), zanjó las dudas suscitadas al considerar que dicho precepto establecía "una responsabilidad en primer grado (Convenio núm. 155 OIT) y no solidaria, del empresario principal de garantizar la seguridad de los trabajadores del contratista o subcontratista cuyo incumplimiento generaba la responsabilidad directa en la que lógicamente es necesaria la existencia de dolo o culpa como elemento necesario para que pudiera ser teniendo como infracción y sancionada administrativamente". En suma, cada sujeto respondía por consiguiente del cumplimiento de sus obligaciones y la asignación de responsabilidades requería del examen individualizado de cada comportamiento.

C) Fundamentos normativos del actual régimen en materia de coordinación de actividades

El actual modelo de regulación puede decirse que encontró en el artículo 24 LPRL su pilar maestro. El referido precepto define una escala de interacción diversa entre las empresas que realizan actividades coincidentes en un mismo centro, asignando en cada nivel una serie de obligaciones también de variable intensidad. El artículo 24 LPRL sitúa el factor de la propia actividad como un parámetro que diferencia la entidad de las obligaciones a las que se somete al empresario principal con relación a los trabajadores de la empresa contratista, cuando la obra o servicio subcontratado se desarrollan en el centro de trabajo de la empresa principal.

Tal opción ha sido duramente criticada por la doctrina, que no ha dudado en calificarla de verdadero "despropósito legal" y cuyo fundamento se ha encontrado en el artículo 42 ET. En efecto, la lógica del precepto indicado del Estatuto de los Trabajadores pasa por considerar como dependientes de la empresa principal a los trabajadores de la empresa contratista siempre y cuando la obra o servicio subcontratado pertenezca a la propia actividad de la empresa principal y con relación a las deudas salariales y de seguridad social acaecidas durante la contrata. Es decir, la posición como sujeto responsable del empresario principal con relación a las deudas salariales y de seguridad social cuando la actividad subcontratada no pertenece a su propia actividad deja de ser solidaria y directa. Sólo en materia de Seguridad Social se establece una responsabilidad directa pero subsidiaria en estos supuestos (artículo 127.2 LGSS).

Siguiendo este esquema normativo clásico establecido en el artículo 42 ET, el artículo 24 LPRL ha establecido dos niveles de protección del trabajador de la empresa contratista. Un nivel fuerte, ya analizado, en el que, concurriendo el binomio "propia actividad y centro de trabajo", el empresario principal será responsable –a nuestros efectos– directo, solidario y contractual de la responsabilidad civil que se pueda derivar del incumplimiento de

la normativa prevencionista en su lugar de trabajo y durante la vigencia de la contrata (artículo 24.3 LPRL). Y un nivel débil, en el que, concurriendo sólo el parámetro de "centro de trabajo", el empresario principal será responsable directo, solidario y contractual por los daños producidos a trabajadores de la empresa contratista que se vinculen exclusivamente al incumplimiento del deber de cooperar con dichas empresas contratistas (artículo 24.1 LPRL); y al deber de informarles con relación a los riesgos existentes en el centro de trabajo, las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar (artículo 24.2 LPRL).

Por su parte, no es difícil descubrir en el vigente artículo 42.3 LISOS el rastro de la Ordenanza de Seguridad e Higiene y del artículo 40 LISOS de 1988 citado, como se extrae con claridad de su tenor: "La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal".

LA EMPRESA PRINCIPAL RESPONDERÁ SOLIDARIAMENTE CON LOS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Los factores apuntados al inicio de este estudio, unidos a la indeterminación de la norma y los problemas funcionales que se encuentran en su génesis han llevado a los sujetos intervinientes en el mundo de la prevención a iniciar una reflexión de fondo sobre esta materia, probablemente la que en estos momentos constituye el centro neurálgico de la prevención de riesgos. Ya el *Informe Durán* propuso "estudiar las relaciones de cooperación o subordinación entre empresas, así como sus efectos para la organización del trabajo en cada una de esas unidades, que, a su vez, determinarán las condiciones laborales imperantes, y su relación con un mayor o menor riesgo de accidentes"[32]. Con posterioridad, el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 54/2003, coincidió en destacar, entre los factores explicativos de la siniestralidad, el de la descentralización de la producción, la fragmentación empresarial y/o productiva y la subcontratación. Del mismo modo, la Mesa de Diálogo Social coincidió en el referido diagnóstico. La reforma de la LPRL recogió, en su artículo 3, la adición de un nuevo apartado 6º al artículo 24, en el que se disponía que las obligaciones previstas en ese artículo deberían

(32) F. DURÁN LÓPEZ, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001.

ser objeto de desarrollo reglamentario. La clarificación normativa de la regulación de la seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales pasaba, necesariamente, por la cuidadosa delimitación de las obligaciones y responsabilidades de cada cual y hacer que cada cual responda de sus propios incumplimientos, precisión que, necesariamente, habría de redundar en beneficio de la seguridad jurídica.

El RD 171/2004, de 30 de enero, vino a materializar el referido desarrollo reglamentario. El mismo delimita los conceptos esenciales que articulan las reglas del artículo 24 LPRL, y establece los deberes a cargo de las diferentes empresas afectadas en los distintos procesos de concurrencia empresarial, fijando, a su vez, los medios de coordinación entre ellas. Pieza esencial del modelo definido por el reglamento es la idea de flexibilidad. Así lo pone de relieve su propio Preámbulo cuando afirma que el mismo busca "siempre un adecuado equilibrio entre la seguridad y la salud y la flexibilidad en la aplicación por las empresas que incida en la reducción de los indeseados índices de siniestralidad" y reitera: "la flexibilidad en la aplicación por las empresas, referida a que el desarrollo y precisión de lo establecido en el artículo 24 LPRL, se lleva a cabo mediante la oferta de un abanico de posibilidades que permitiría en cada caso la elección de los medios más adecuados y, por ello, más eficientes para coordinar las actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales". La norma se conforma como un agregado o sumatorio de deberes, si bien caracterizada por sus altas dosis de indeterminación en algunos de los conceptos empleados ("Medio de coordinación preferente", "especial dificultad", "actividades incompatibles"), o por el uso de otros sin precisa correspondencia jurídica ("Riesgo calificado como grave o muy grave") y, en todo caso, por dotar de un papel secundario a la representación de los trabajadores.

No es, con todo, ésta una cuestión cerrada, como lo demuestran los diversos proyectos de reforma legal que se han producido a lo largo de los últimos años y algunos que se ciernen en el horizonte. Tómense como ejemplo: "la Proposición de Ley reguladora de la subcontración en el sector de la construcción" presentada en el 16 de marzo de 2001 por IU; o la "Proposición de Ley sobre régimen jurídico aplicable a las relaciones empresariales en concurrencia que afectan a las relaciones laborales", presentada el 25 de marzo de 2003 por PSOE; o, en fin, la más reciente, "Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción" presentada el 23 de abril de 2004 por IU y que ha sido tomada en consideración el 21 de diciembre de 2004. Puede afirmarse, por todo ello, que los problemas vinculados con la descentralización productiva y la prevención de riesgos no han encontrado todavía su punto de equilibrio por lo que, con seguridad, restan todavía mucho tiempo y esfuerzos hasta conseguir un marco que dé cumplida satisfacción a las necesidades sociales en esta materia.

III. CUADRO DE DEBERES Y DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 24 LPRL. LAS PRECISIONES DEL RD 171/2004

A) Empresarios independientes concurrentes

La primera de las situaciones previstas en la Ley es el desempeño de actividades en un mismo centro de trabajo de trabajadores de dos o más empresas –incluidos los "trabajadores autónomos"–, para la que la Ley impone a éstas un deber de "cooperación en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (artículo 24.1 LPRL). El cumplimiento de este deber, sigue el párrafo primero de la norma, debe traducirse en el establecimiento de "los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado primero de esta Ley". Se plantea, pues, el supuesto de la coincidencia en un mismo centro de trabajadores de dos o más empresas, como pudiera ser el caso de polígonos, edificios de oficinas; relaciones asociativas interempresariales: grupos, uniones temporales de empresas, centros comerciales, etc.

Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen su actividad trabajadores de dos o más empresas, el deber de cooperación alcanzará a "todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos". El deber de cooperación existe por la mera coincidencia de empresas y trabajadores autónomos en un mismo centro de trabajo y tal deber se extiende a todas las empresas y trabajadores autónomos [33]. La obligación de cooperación se predica de todas las empresas que concurran desempeñando su actividad en un mismo centro de trabajo por el mero hecho de hacerlo, es decir, la obligación nace del dato fáctico de la concurrencia, sin que sea precisa vinculación jurídica alguna entre ellas, tratándose dicha coincidencia de un mero "factor circunstancial" [34].

Las principales cuestiones que se suscitan son las relativas a la determinación de qué debe entenderse por centro de trabajo y, en segundo término, en qué debe concretarse el deber de cooperación y las obligaciones de coordinación y cooperación.

a) Presupuestos: coincidencia en un mismo centro de trabajo

Por lo que a la primera cuestión respecta, es claro que una interpretación sistemática de la Ley remite, en primer término, al artículo 1.5 ET, que define el centro de trabajo como la "unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral". No parece, sin embargo, que este concepto estricto y formal de centro sea trasladable sin más al ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, porque tanto el Convenio 155 de la OIT como la Directiva marco que están en la base de este precepto

(33) L. PÉREZ CAPITÁN, "El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero", *RDS*, 2004, núm. 26, pág. 56.

(34) J.M. GOERLICH PESET, "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales," *AL*, 1997, núm. 8, pág. 128.

hablan de "lugar de trabajo" y una lectura restrictiva del mismo probablemente supondría un incumplimiento de nuestras obligaciones internacionales y comunitarias[35]. En línea con lo dicho, el artículo 2 RD 171/2004 define centro de trabajo como "cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o la que deban acceder por razón de su trabajo". Se opta, de este modo, por un concepto amplio de centro de trabajo, que entronca con el concepto de "lugar de trabajo" utilizado por el artículo 2.1 RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en lugares de trabajo, que considera como lugares de trabajo "las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores puedan acceder en razón de su trabajo", incluidos "los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores", así como "las instalaciones de servicio o protección anejas".

b) Deberes de cooperación derivados

El primero es el deber de coordinación, cuyos contenidos la Ley no concreta, remitiendo al efecto a la decisión de las empresas afectadas. El artículo 39.3 LPRL, no obstante, dispone al efecto que "a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Ley respecto de la colaboración entre empresas en los supuestos de desarrollo simultáneo de actividades en un mismo centro de trabajo, se podrá acordar la realización de reuniones conjuntas de los Comités de Seguridad y Salud o, en su defecto, de los Delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos Comités, u otras medidas de acción coordinadas". El precepto, como es obvio, no obliga a la celebración de estas reuniones, sino que se limita a prever su posibilidad.

El segundo deber específico es el de información y sobre sus contenidos y forma de comunicación la Ley remite a su artículo 18.1 LPRL. La información, por tanto, deberá referirse a: a) "Los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función". b) "Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior". c) "Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley", a saber, "las relativas a primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores". Esta información se facilitará, "en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores", "por el empresario a los trabajadores a través de sus representantes; no obstante, deberá informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos". Esta previsión de la LPRL debe ahora completarse con la obligación prevista en el artículo 42.4 ET, que recae tanto sobre la empresa principal como sobre los contratistas y subcontratistas, de informar a los representantes de los trabajadores de las "medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales".

(35) Se imponía una lectura topográfica y no formal del centro de trabajo [en este sentido, STSJ de Aragón (Soc.) de 5 de abril de 2001 (recurso 480/2000)]. Ésta es la lectura que viene haciendo la jurisprudencia de suplicación, que ha considerado centro de trabajo el exterior de una nave donde, a falta de espacio específico en el interior, se realizaron los trabajos de descarga [STSJ de Cataluña (Soc.) de 7 de marzo de 2002 (AS 1550)].

El desarrollo reglamentario por obra del RD 171/2004 concreta lo siguiente (artículo 4). El deber de cooperación se articula a través de tres ejes: a) El intercambio y comunicación de información; b) La utilización de la información recibida; c) El establecimiento de los medios de coordinación.

a') Contenido de la información

Se establece un deber de información recíproca "antes del inicio" de la actividad (artículo 4.2.1). Las empresas que vayan a desarrollar actividades en un mismo centro o lugar de trabajo deberán informarse recíprocamente, antes del inicio de la actividad, sobre los riesgos específicos de las actividades a desarrollar, en particular en relación con aquellos riesgos que puedan surgir, verse agravados o modificados por la concurrencia de las actividades en un mismo centro o lugar de trabajo (artículo 4.2).

LAS EMPRESAS QUE VAYAN A DESARROLLAR ACTIVIDADES EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO DEBERÁN INFORMARSE RECÍPROCAMENTE SOBRE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS DE LAS ACTIVIDADES A DESARROLLAR

El RD 171/2004 considera los referidos deberes de información como "dinámicos" (o actualizados), de modo que "mientras se estén desarrollando actividades en un mismo centro de trabajo", los empresarios que las desarrollen vendrán obligados a actualizar la información "cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes que sea relevante a efectos preventivos" (artículo 4.2.2º). En particular, dicha información deberá concretarse en el caso de accidentes de trabajo ("daños o indicios de los mismos que sobre la salud se hubieran producido y sobre aquellos incidentes que hubieran podido poner en peligro la salud o la integridad física de los trabajadores de las demás o de otras personas que se relacionen con ellas", decían los Proyectos de Reglamento), que deberá comunicarse "de inmediato" a todos los empresarios presentes en el centro de trabajo cuando aquél se produzca "a consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes (artículo 4.2.4º). Igualmente, los empresarios concurrentes deberán comunicarse de inmediato cualquier situación de emergencia susceptible de afectar a la salud o a la seguridad de los trabajadores de las demás empresas que se relacionen con ellas (artículo 4.3).

La información a suministrar deberá ser "suficiente" (artículo 4.2.2º). Desaparece del texto final del RD 171/2004 la obligación contenida en los Proyectos de Reglamento de compartir los materiales y elementos para primeros auxilios en el centro, los cuales deberán estar dimensionados a la plantilla total del lugar de trabajo en todo momento.

b') Forma de la información

"La información deberá facilitarse por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves" (artículo 4.2.3º). En los demás supuestos, bastará con una comunicación puramente verbal. No resulta fácil a tenor de la actual legislación distinguir cuándo nos hallamos en presencia de un riesgo grave o muy grave, dado que únicamente el artículo 4.2 LPRL señala que "para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo"[36].

c') Obligaciones del empresario concurrente una vez recibida la información

La información recibida por el empresario concurrente deberá, en primer lugar, tenerse en cuenta en la *evaluación de los riesgos* y en la *planificación de su actividad preventiva* (artículo 16 LPRL), para lo cual "los empresarios habrán de considerar los riesgos que siendo propios de cada empresa, surjan o se agraven precisamente por las circunstancias de concurrencia en que las actividades se desarrollan". En segundo lugar, deberá trasladarse a los trabajadores respectivos información sobre los riesgos derivados de la concurrencia de actividades en el centro de trabajo, de acuerdo con el artículo 18 LPRL.

d') Establecimiento de medios de coordinación entre los empresarios concurrentes

En cumplimiento del deber de cooperación, los empresarios concurrentes en el centro de trabajo establecerán los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios y pertinentes, en los términos previstos en el Capítulo V RD 171/2004.

El artículo 11 RD 171/2004 enuncia los medios de coordinación de forma ejemplificativa, como lista abierta susceptible de ser ampliada por la negociación colectiva, la normativa sectorial, e incluso la decisión de las empresas concurrentes (intercambio de información y comunicación entre las empresas concurrentes; celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes; reuniones conjuntas con los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en el caso de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención; impartición de instrucciones; establecimiento de un conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que pueden afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación; la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes; la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas).

La elección de los medios de coordinación necesarios corresponderá a los protagonistas de la actividad: los empresarios concurrentes, una vez recibida la información establecida

(36) Para reflexión sobre este concepto indeterminado, J.L. GALVÁN DE GRANADA, "Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales", *Revista Alcor de MGO*, 2005, núm. 3, págs. 18-19.

en los Capítulos II a IV RD 171/2004. Con todo, la libertad de elección es de una enorme amplitud, pues el propio RD establece que "los medios de coordinación deberán actualizarse cuando no resulten adecuados para el cumplimiento de los objetivos a que se refiere el artículo 3" (artículo 12.2). En todo caso, al establecer los referidos medios, deberán tener en cuenta: "el grado de peligrosidad de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo, el número de trabajadores presentes en el centro de trabajo y la duración y concurrencia de las actividades desarrolladas por tales empresas" (artículo 5.2).

c) Especialidades de la presencia de trabajadores autónomos en el centro de trabajo

Bajo el rótulo genérico de "autónomos" coexisten categorías ciertamente variadas. Están, de un lado, los autónomos propiamente dichos, que autoorganizan su actividad y ofrecen su producto o servicio en el mercado a un número potencialmente indefinido de clientes que demandan su prestación. Son, en general, pequeños o medianos empresarios con independencia de la forma jurídica que adopten (empresa individual, sociedad unipersonal, etc.), de la actividad a la que se dediquen (técnicos especializados, productores, prestadores de servicios en general, etc.), o de la estructura que vaya adquiriendo su empresa como consecuencia de su propio desarrollo. A los trabajadores autónomos, cualquiera que sea su citación, les resulta de aplicación la LPRL en relación con los derechos y obligaciones que para ellos puedan derivarse, tal y como prevé el artículo 3 y concreta el 24.5 de dicha Ley que hace extensible a los mismos los deberes de cooperación y de información e instrucción de sus apartados 1 y 2, en aquellos casos en que el desarrollo de actividades en un mismo lugar de trabajo hace necesaria la coordinación de actividades preventivas, siéndoles imputable responsabilidad. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 12.1.d) del RD 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción que expresamente señala como obligación del trabajador autónomo la de "ajustar su actuación en la obra conforme a los deberes de coordinación de actividades empresariales establecidas en el artículo 24 LPRL".

El alcance y contenido de lo establecido en el artículo 24.5 LPRL plantea notables problemas dada la peculiar situación del trabajador autónomo en el desarrollo de su actividad. Así, de quedar los autónomos situados en la misma posición que los empresarios ordinarios, "éstos no estarían obligados hacia aquél en mayor medida que lo están entre sí" , ahora bien, lo cierto es que el citado precepto "pone a las claras que los trabajadores autónomos son fundamentalmente beneficiarios de políticas preventivas coordinadas y no obligados a su establecimiento y mantenimiento y ello es así porque el precepto no indica que los correspondientes deberes les obligarán sino simplemente que "serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos". De esta manera, más que a los empresarios, los trabajadores autónomos quedarán equiparados a dependientes como objeto de protección y sólo indirectamente –y en función de tal asimilación (artículo 29 LPRL)– quedan obligados a colaborar en la ejecución de las políticas preventivas"[37].

El referido carácter híbrido se pone, también, claramente de manifiesto en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, que proporciona una definición de trabajador autónomo,

(37) J.M. GOERLICH PESET, *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 130.

para atribuirle a continuación, de forma explícita, una amplia serie obligaciones. Pues, por un lado, no puede ser considerado empresario y si lo fuera, por emplear a trabajadores, pasaría a ser "contratista" (artículo 2.2 RD 1627/1997), pero tampoco resulta plenamente asimilable a un trabajador asalariado. De ahí que las obligaciones que se le atribuyen "se acerquen en unos casos a las que son propias del empresario, y en otros, en cambio, se tome en cuenta que realiza una actividad personal, y se asemejan en mayor medida a los deberes típicos del trabajador"[38] (artículo 12 RD 1627/1997).

d) Responsabilidades administrativas concurrentes

Los incumplimientos del deber de cooperación descrito son sancionados como infracción grave o muy grave en la LISOS dependiendo de que se refieran o no a "actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales". En efecto, la conducta tipificada en los artículos 12.13 y 13.7 LISOS es, en todo caso, el "no adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a los que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales", lo que distingue y determina que la infracción sea considerada muy grave (artículo 13.7 LISOS) y no grave (artículo 12.13 LISOS) es que la no adopción de medidas se produzca en "actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales".

Para un sector de la doctrina la responsabilidad directa del empresario principal sólo surge, dentro del ordenamiento sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo ante el incumplimiento de las obligaciones que en materia de coordinación establece el artículo 24.1 y 2 LPRL[39]. No obstante, fundadamente se defiende, también, sobre la base de la aplicación del artículo 130 LRJPAC, la existencia de una responsabilidad solidaria. En esta línea cabe situar el Criterio 23/1999, de la Subdirección General de Asistencia Técnica de la Dirección General de la Inspección de Trabajo, que considera que el incumplimiento de las infracciones tipificadas en los citados preceptos es total y todas las empresas inmersas en el mismo centro de trabajo "responderán solidariamente todos los empresarios que compartan el mismo centro de trabajo como dispone el artículo 130.3 LRJPAC".

No obstante, una lectura razonable del artículo 130.3 LRJAPC como criterio de imputación de las infracciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones de cooperación *ex* artículo 24, apartados 1 y 2, LPRL debería distinguir, tal y como propone Goerlich, dos situaciones diferentes[40]. En primer lugar, "en los casos de falta de planificación de las medidas de seguridad correspondientes al centro de trabajo –y, por tanto, de inexistencia

(38) J. GARCÍA MURCIA, "Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo", *RL*, 2000, núm. 7/8, pág. 144.

(39) L. PÉREZ CAPITÁN, "La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)", *JL*, 2002, núm. 12, pág. 25.

(40) J.M. GOERLICH PESET, "Centros de trabajo compartidos. Contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades", en VEGA LÓPEZ, J. (coord.), *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Instituto Canario de Seguridad Laboral, Gran Canaria, 2004, pág. 160.

absoluta de las mismas estaremos, sin duda, ante la infracción conjunta del artículo 24 LPRL tipificado en los artículos 12.13 y 13.7 LPRL, siendo plenamente aplicable la regla del artículo 130.3.1 LRJAPC –salvo, claro está, que exista empresario titular del centro de trabajo en cuyo caso, como ya sabemos, la responsabilidad administrativa únicamente a él incumbiría–". Por el contrario, "si las medidas necesarias para el centro de trabajo fueron ya planificadas y sólo alguno/s de los empresarios presentes las han cumplido, las eventuales infracciones del resto ya no serán conjuntas sino individuales, debiendo ser sancionadas de acuerdo con el conjunto de las reglas de los artículos 11, 12 y 13 LISOS".

Especiales problemas plantea la imputación de responsabilidades administrativas a los trabajadores autónomos. Las reglas establecidas en los artículos 13.7 y 12.13 LISOS deben ser contempladas únicamente con el alcance de posibilitar la imputación a los trabajadores autónomos "como sujetos responsables de sus infracciones a tales deberes específicos de cooperación y coordinación de los autónomos con los empresarios con los que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo sin que, por tanto, les sea exigible responsabilidad administrativa por incumplimientos no tipificados como infracciones, y sin perjuicio de que los referidos autónomos puedan tener trabajadores por cuenta ajena bajo su dependencia"[41]. Doctrinalmente, se ha señalado que la extensión de la infracción a los trabajadores autónomos por defectos de coordinación parece excesiva, al tiempo que poco realista y de difícil apreciación y aplicación por la Inspección de Trabajo, salvo en supuestos muy excepcionales.

AL TITULAR DEL CENTRO DE TRABAJO LE CORRESPONDE EL DISEÑO Y EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN

B) El desarrollo de actividades empresariales en centros de trabajo de los que otro es titular

El segundo supuesto contemplado en el artículo 24.2 LPRL viene dado por el desarrollo por uno o varios empresarios de actividades en el centro de trabajo del que otro es titular. Para este supuesto, el legislador impone al "empresario titular del centro de trabajo" la adopción de las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios o trabajadores autónomos "que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los

(41) Como pone de manifiesto el Criterio Técnico 23/1999, de 3 de septiembre, sobre responsabilidad administrativa por infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales.

riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores".

a) Presupuesto: "empresario titular del centro de trabajo"

El primero y principal problema interpretativo que el precepto plantea deriva de la acuñación de un novedoso término: el de "empresario titular del centro de trabajo". A diferencia de lo que ocurre en el párrafo primero del precepto, aquí el precepto parte de una relación vertical entre la empresa titular del centro y las demás que desarrollan en él su actividad, una relación que es, sin embargo, como allí, fáctica y no jurídica, pues ninguna relación de contratación se exige entre la titular y las demás. El RD 171/2004 determina en su artículo 2.b) a aquél como "la persona que tiene capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo".

La primera nota implica que la persona de referencia, "en virtud de cualquier título jurídico, tiene el dominio sobre el centro de trabajo, lo que le da la facultad de permitir la concurrencia de otros empresarios en el centro de trabajo del cual es titular", nota que concurriría, por ejemplo, en el arrendador de un local, el cual, como señala la STS (cont.) de 14 de enero de 1988 (RJ 595), carece de la cualidad para ser considerado como sujeto responsable, a pesar de ser propietario del inmueble al no ser empresario, esto es, al carecer de capacidad de gestión sobre el centro de trabajo. La segunda nota es complementaria de la primera e implica que "el sujeto ya no sólo tiene el dominio del centro de trabajo en función del título jurídico, sino que efectúa una real y actual disposición del mismo, ejerciendo sobre él las facultades de dirección y control"[42].

El empresario titular del centro puede tener trabajadores en el mismo o no, si bien lo esencial es que al mismo pertenezca el control efectivo de aquél. La referida posibilidad queda admitida por el artículo 12.1.2 RD 171/2004, de acuerdo con el cual: "la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación corresponderá al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en éste o, en su defecto, al empresario principal".

b) Deberes de cooperación e instrucción derivados

El contenido de la obligación legal viene dado por la necesaria adopción de las medidas precisas para que aquellos otros empresarios o trabajadores autónomos "que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores" (artículo 24.2 LPRL). De la configuración que hace el artículo 24.2 LPRL deben deducirse dos cosas importantes. De un lado, al

(42) Los entrecomillados pertenecen a L. PÉREZ CAPITÁN, *El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero*, cit., pág. 52.

imponerle un deber informativo, el precepto presupone que existe continuidad en las obligaciones de cooperación de los demás empresarios. Los apartados 1 y 2 del artículo 24 LPRL no se excluyen, sino que se superponen, de modo que los demás empresarios continúan obligados a colaborar en la puesta en práctica de las medidas preventivas. Pero, de otro lado, la existencia y alcance del deber informativo presupone que es fundamentalmente el titular del centro de trabajo a quien corresponde el diseño y ejecución de la política de prevención en el centro de trabajo[43].

En efecto, los referidos términos son concretados por el artículo 6 RD 171/2004, a cuyo tenor: "el empresario titular del centro de trabajo, además de cumplir con las medidas establecidas en el Capítulo II cuando sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo, deberá adoptar, en relación con los otros empresarios concurrentes, las medidas establecidas en los artículos 7 y 8". El RD 171/2004 viene a establecer, de este modo, un sistema de diferenciación de deberes y de implicación del titular, que se refleja en los artículos 6 a 9 en función de que aporte o no trabajadores, o de que intervenga también como empresario principal[44].

a') Mera titularidad del centro sin aportación de trabajadores

La primer posible situación queda referida a la mera intervención como titular del centro sin aportación de trabajadores, con las solas facultades de su puesta a disposición y gestión, encomendando a otra u otras empresas las tareas directamente productivas de actividad distinta a la propia. En este caso, deberes son sólo de información en los términos del artículo 7 RD 171/2004. Deberá, de este modo, informar a los empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar. La información deberá ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo que resulte relevante a efectos preventivos. Tal información deberá facilitarse por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo sean calificados de graves o muy graves, si bien "una medida de prudencia aconsejará hacerlo siempre documentalmente" [45].

Doctrinalmente se ha señalado que el desarrollo reglamentario debe ser objeto de crítica al distinguir donde la norma de superior rango, la LPRL, no lo hace. De este modo, mientras que el artículo 24.2 LPRL establece la obligación de informar pero también de dar instrucciones sin reparar en si se tienen o no trabajadores en el mismo, el RD 171/2004 restringe las obligaciones del empresario titular del centro "en base a exigir cualificaciones que no exige la norma de rango legal que se desarrolla" [46].

(43) J.M. GOERLICH PESET, "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *AL*, 1997, núm. 8, págs. 125 a 156.

(44) M. GÁMEZ OREA, *Sobre el deber de coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales*,[www.laleylaboral.com].

(45) M. GÁMEZ OREA, *Sobre el deber de coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales*, [www.laleylaboral.com].

(46) L. PÉREZ CAPITÁN, *El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero*, cit., pág. 59.

b') Titularidad del centro con aportación de trabajadores que concurren en el centro con los de las demás empresas de actividad distinta

En este caso, pesan sobre el titular del centro, añadidos a los deberes cooperación (artículos 4 y 5) y de información (artículo 7), los de instrucción (artículo 8).

a) Deberes de instrucción activa por las empresas titulares

Estos deberes de información activa se conectan con los deberes de información activa y pasiva del artículo 4. Por ello, tras recibir la información procedente de las demás empresas sobre los riesgos que cada una de ellas genera (artículo 4.2), responderá a todas ellas con las instrucciones para su prevención y sobre las medidas que deben aplicarse. De este modo, el artículo 8.1 establece que el empresario titular "dará al resto de empresarios concurrentes instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia". Las referidas instrucciones deberán ser "suficientes" y "adecuadas" a los riesgos existentes en el centro de trabajo (artículo 8.2). Lo anterior deberá cumplirse antes del inicio de actividades o cuando se produzca un cambio en las circunstancias relevante a efectos preventivos (artículo 8.3). La forma deberá ser escrita cuando el peligro sea calificado de grave o de muy grave (artículo 8.4).

b) Deber de cumplir con la instrucción por las empresas no titulares

Desde la perspectiva de las demás empresas que intervienen en el fenómeno de coordinación pero que no son titulares del centro de trabajo, el artículo 9 contempla los deberes a cumplir por ellas. La información recibida será tenida en cuenta en su evaluación de riesgos y en la planificación preventiva (artículo 16 LPRL). En segundo lugar, las instrucciones a que se refiere el artículo 8 dadas por el empresario titular del centro de trabajo deberán ser cumplidas por los demás empresarios concurrentes (artículo 9.2). En tercer lugar, los empresarios concurrentes deberán comunicar a sus trabajadores respectivos las informaciones y las instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo en los términos establecidos en el artículo 18.1 LPRL (artículo 9.3).

Los anteriores deberes, tanto los activos como los pasivos, "afectan a todas las empresas con independencia de que existan o no relaciones jurídicas entre ellas" (artículo 9.4) y a los "trabajadores autónomos", aunque en este último caso no tengan que realizar formalmente la evaluación de riesgos y la planificación preventiva (artículos 3.1 y 16 LPRL), y sí al menos una valoración y planificación de hecho al señalárseles esos singulares deberes dentro de la previsión en tal sentido realizada en el artículo 3.1 LPRL.

c) Establecimiento de medios de coordinación

En cumplimiento del deber de cooperación, los empresarios concurrentes en el centro de trabajo establecerán los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales

que consideren necesarios y pertinentes en los términos previstos en el Capítulo V RD 171/2004.

El encargado de coordinación es el medio de coordinación considerado "preferente" por el RD 171/2004. Éste será designado por "el empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en él" (artículo 14.3). En todo caso, ante la inexistencia del titular del centro de trabajo con trabajadores desarrollando labores en el mismo, corresponderá al empresario principal tal facultad, de acuerdo con el artículo 12.1.2º, que estipula que: "la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación corresponderá al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en éste o, en su defecto, al empresario principal".

c) Responsabilidades administrativas

La LISOS contempla en su articulado dos preceptos en los que se tipifica: "no informar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención o emergencia" como infracción grave (artículo 12.14 LISOS) o muy grave (artículo 13.8 LISOS), dependiendo de que se trate o no de actividades reglamentariamente consideradas peligrosas o con riesgos especiales. La alusión al promotor, que aparece en la norma sancionadora pero no en el artículo 24.2 LPRL, pretende dar respuesta a las especialidades del sector de la construcción. El Tribunal Supremo ha estimado la procedencia de la sanción muy grave como consecuencia de la falta de información e instrucción a los trabajadores en técnicas que neutralizasen los riesgos específicos por producción de gases[47].

LA INFORMACIÓN DEBERÁ SER SUFICIENTE Y HABRÁ DE PROPORCIONARSE ANTES DEL INICIO DE LAS ACTIVIDADES

C) Contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y desarrollada en su centro de trabajo

a) Presupuesto: contratas de "obras o servicios correspondientes a la propia actividad"

El artículo 24.3 LPRL contempla el tercer supuesto en la gradación de obligaciones y responsabilidades a la que aludía al comenzar mi exposición. "Las empresas que contraten o sub-

(47) STS (cont.) de 24 de octubre de 2001 (RJ 9908).

contraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales". El artículo 2.c) RD 171/2004 define al empresario principal como "el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes la propia actividad de aquél y que se desarrollen en su propio centro de trabajo".

Los elementos que determinan los sujetos sobre los que recae la obligación de vigilancia prevista en el precepto son tres y todos ellos problemáticos, a saber:

Las empresas deben haber contratado o subcontratado obras o servicios. El término "contrata" es un término empresarial y no propiamente técnico-jurídico que el legislador ha hecho suyo para dar cabida en él a todos los supuestos en los que un empresario encarga a otro la realización de una obra o servicio. Las fórmulas jurídicas normalmente utilizadas al efecto son los contratos de arrendamiento de obras o servicios (artículo 1544 CC), pero cabría la utilización de otros tipos contractuales para constituir una contrata como ha señalado GOERLICH en un clarificador estudio[48].

Las obras o servicios contratados o subcontratados deben corresponder, para encajar en el artículo 24.2 LPRL, a la propia actividad empresarial[49]. Como es sabido, la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el particular ha sido intensa pero existen diversos pronunciamientos dictados en unificación de doctrina que han ayudado a clarificar, en parte, tan controvertida cuestión. Abordar y sistematizar el concepto de propia actividad, requiere partir de los criterios jurisprudenciales sustentados por el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en unificación de doctrina que partiendo de la distinción entre actividades inherentes e indispensables al fin de la empresa y de las consecuencias de una aplicación *in extenso* del concepto de propia actividad "nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deban corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. En consecuencia, como también ha reconocido la doctrina mencionada, la solución requiere el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto", como entendió la STS [Soc.] de 18 de enero de 1995 (RJ 514). En efecto, este último pronunciamiento y las SSTS de 24 y 29 de noviembre de 1998[50] (RJ 10034), 22 de noviembre de 2002 (RJ 510), y la más reciente STS (Soc.) de 20 julio 2005 (RJ 5595), han conso-

(48) J.M. GOERLICH PESET, "Actividades laborales externalizables. Régimen jurídico", en PEDRAJAS MORENO (dir.), *La externalización de actividades laborales* (outsourcing): *una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 105-135.

(49) Un extenso análisis de las variaciones jurisprudenciales en esta materia puede verse en D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 118-139.

(50) Un comentario a estos pronunciamientos puede verse en S. DEL REY GUANTER, "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la 'propia actividad': notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 327 a 352.

lidado el criterio doctrinal a tenor del cual el "test" [51] para determinar la concurrencia de la propia actividad debe llevarse a cabo siguiendo dos pasos principales: inherencia y la coincidencia empresarial en un mismo centro de trabajo.

De acuerdo con el referido test el primer criterio para determinar la existencia de propia actividad resultaría el "criterio de la inherencia". Según la jurisprudencia, por ciclo productivo de la empresa principal hay que entender "el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica el fin de la empresa"[52]. Debe existir una "estrecha conexión funcional" entre la empresa principal y la contratista, de suerte que se llegue "al convencimiento de que el empresario principal se aprovecha del resultado del trabajo de los obreros del contratista, o dicho de otro modo, éstos participan en la producción de la empresa principal". Así, la STS (Soc.) de 29 de octubre de 1998, señala que "las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes al ciclo productivo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata". Ello supone, además, como ha subrayado la STS (Soc.) de 20 de julio de 2005 (RJ 5595), "una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios".

En todo caso, como ha señalado PÉREZ DE LOS COBOS, concluir si determinada obra o servicio contratado encaja o no en el ciclo productivo de la empresa principal es sencillo cuando una y otra empresa pertenecen a distintos sectores de actividad. En estos casos, la mera constatación formal de que una y otra empresa ejercen su iniciativa económica en sectores de actividad dispares basta a nuestros Tribunales para rechazar la concurrencia de responsabilidades. La cuestión ofrece, sin embargo, más dificultades cuando la empresa contratista desempeña una actividad más o menos afín a la principal o a alguna de sus fases del ciclo productivo. En este caso, a efectos de determinar cuál sea la actividad propia de la empresa principal, no cabe sino determinar a la luz de la realidad circundante –a nadie se le escapan las dificultades de tal operación– cuáles son las actividades que normalmente integran el ciclo productivo de una empresa como la principal y concluir entonces si la actividad de la empresa contratista encaja o no entre éstas[53].

(51) F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales: a propósito del posible desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL*, AL, 2003, II, pág. 545.

(52) STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 9274).

(53) F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales*, cit., pág. 546. En los supuestos en los que esta labor calificadora resulte difícil, el operador jurídico puede utilizar diversos indicios como: 1. Análisis del objeto social de la sociedad principal, tanto del formal como del real, normas sectoriales y colectivas aplicables en la empresa contratista y la principal –coincidentes o no–; 2. Examen del tráfico jurídico de la empresa principal, esto es, las obras y servicios que oferta en el mercado; 3. Imagen corporativa de la empresa principal; 4. Regulación legal o reglamentaria de la actividad desempeñada; 5. Términos de la actividad contratada o, en fin, la propia historia empresarial: qué actividades ha venido desempeñando la empresa principal y si ha experimentado o no procesos de descentralización productiva.

Finalmente, la actividad de contratistas y subcontratistas debe desarrollarse en los centros de trabajo de comitente. Recientemente, la STS (Soc.) de 22 de noviembre de 2002 (RJ 510), aplica a la empresa Telefónica las responsabilidades previstas en los artículos 24.3 LPRL y 43.2 LISOS en un accidente producido en la colocación de postes del tendido aéreo, sentencia en la que afirma que "el lugar donde se están realizando estas tareas de colocación de los elementos materiales que soportan (la actividad principal de la comitente), aunque sea despoblado o en el campo, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas". En el mismo sentido, cabría situar la STSJ Madrid (Soc.) de 20 de noviembre de 2002 (AS 661), que considera que la estación del metro de Bilbao donde se realizaban unas obras contratadas en su día por la principal con el Gobierno Vasco era "mientras duraron las obras del Metro uno de los centros de trabajo de la empresa principal".

b) Deberes de cooperación, instrucción y vigilancia derivados

El Capítulo IV del RD 171/2004 destina un precepto específico al supuesto de las obligaciones del empresario principal. Con el referido precepto se intensifican y aclaran las responsabilidades del empresario principal, convirtiéndole en verdadero núcleo ejecutivo de la coordinación preventiva, sobre todo ante la ausencia de empresario titular, cuando ambos coinciden en la misma persona, o bien cuando las obligaciones de aquél han quedado aminoradas por la no presencia de trabajadores del empresario titular del centro de trabajo[54].

El empresario principal, además de cumplir con las medidas establecidas en los Capítulos II y III del RD 171/2004, "deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su centro de trabajo" (artículo 10.1).

Se trata de una vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por la empresa contratista. La empresa principal, antes del inicio de actividad en el centro de trabajo, debe exigir a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado la evaluación de riesgos y planificación de su actividad preventiva, para las obras o servicios contratados. A ello se añade la comprobación, también por escrito, de que dichas empresas han cumplido con sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo (artículo 10.2).

La empresa principal deberá comprobar, igualmente, que las empresas contratistas y subcontratistas han establecido los medios necesarios de coordinación entre ellas. Será necesaria una acreditación real del cumplimiento mediante la entrega, al empresario principal o al contratista que ha subcontratado, de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva desarrollada conforme a la información realizada (artículo 10.3).

(54) L. PÉREZ CAPITÁN, *El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero*, cit., pág. 59.

c) Establecimiento de medios de coordinación

Como vengo señalando, el RD 171/2004 dedica un apartado específico a la relación de medios de coordinación entre empresas concurrentes, a los efectos de dar cumplimiento al deber de coordinación que se impone como obligación en todos los casos analizados. Sin embargo, se limita a enunciar medios posibles ("opcionales") de coordinación a disposición de dichas empresas, sin carácter vinculante en ningún supuesto y sin imponer requisitos que documenten tal actuación; todo ello, además, sin perjuicio de otras formulaciones que pudieran derivar del acuerdo entre las empresas, de la negociación colectiva o por previsión de normas específicas en determinados sectores (artículo 11). Únicamente se establece que los medios de coordinación deberán concretarse en el momento de inicio de las actividades concurrentes y que el empresario titular del centro o, en su defecto, el empresario principal, cuando sus propios trabajadores desarrollan actividades en el mismo centro, se hace responsable de la iniciativa en la determinación de los medios de coordinación a adoptar (artículo 12) y en particular deberá responsabilizarse de la designación de las personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas cuando sea ésta la fórmula adoptada como medio de coordinación (artículos 11 a 14).

El RD 171/2004 dedica una especial atención al supuesto de coordinación mediante designación de personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas (artículos 13 y 14), dado que establece los supuestos en los que es preferente esta vía, puesto que la misma no se impone como obligatoria en ningún caso, y las funciones y facultades de dicho personal. En todas las modalidades se requiere una formación de técnico intermedio en prevención de riesgos (artículo 14.4). El artículo 13.3 continúa la línea iniciada por la Ley 54/2003 de ampliación de los sujetos con responsabilidades en materia preventiva, fuera del marco trazado por la LPRL y el Reglamento de Servicios de Prevención para la gestión de las actividades preventivas. Al supuesto ya previsto en la LPRL, en su artículo 32 bis.4, se añade ahora la posibilidad de asignar funciones de coordinación preventiva a otros trabajadores cualificados de la empresa principal o de otras empresas que puedan desarrollar tales cometidos sin necesidad de configurarse como servicios de prevención externos [artículo 13.3.e) y f)].

EL EMPRESARIO PRINCIPAL DEBERÁ VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS

d) Responsabilidades administrativas: artículo 43.2 LISOS

El artículo 42.3 LISOS, establece que "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal"[55]. La lectura del dicho precepto debe ser efectuada a la luz de lo dispuesto en el artículo 24.3 LPRL, lectura que, como se ha dicho, evidencia que se ha hecho del "empresario principal un responsable global de seguridad"[56]. Como señalara la STSJ de Cataluña (cont.) de 21 de junio de 1996 (RJ 717), "la necesidad de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo o de prevención de riesgos laborales configura un deber de diligencia o de cuidado para todos los operadores empresariales. Caso de no materializarse el deber la conducta se reprocha no sólo al productor directo sino también al indirecto. Al causante directo por haber incumplido personalmente las obligaciones establecidas en la normativa laboral mientras al contratista principal por haber incumplido el deber de vigilancia garantizando el trabajo sin riesgos objetivos". Una responsabilidad que "no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control"[57].

No se trata, pues, de una responsabilidad objetiva, sino de una responsabilidad *in vigilando*. Que deriva del incumplimiento del deber empresarial de actuar con la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el legislador en materia de prevención de riesgos. La obligación de vigilancia se convierte en una "obligación de resultado"[58], de modo que si se ha producido una inobservancia de cualquier obligación de seguridad por parte de la contratista y, como consecuencia, ha habido un accidente de trabajo, dicho accidente es, asimismo, imputable al incumplimiento del deber de vigilancia que la ley ha impuesto a la empresa principal, razón por la cual ésta debe responder solidariamente con aquélla, de modo que "declarada la responsabilidad de la empresa contratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención, ello llevará consigo la responsabilidad solidaria de la empresa principal en las consecuencias del accidente"[59].

(55) Un extenso análisis de este precepto puede hallarse en L. PÉREZ CAPITÁN, "La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)", *JL*, 2002, núm. 12, págs. 13-35.

(56) F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales*, cit., pág. 548.

(57) STS de 5 de mayo de 1999.

(58) F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales*, cit., pág. 548.

(59) En este sentido, STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2002 (recurso 487/2002) y STSJ de Andalucía de 26 de abril de 2002 (AS 2619).

Esta doctrina ha sido recogida por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cantabria de 9 de septiembre de 1997, en la que se afirma que:

> "De la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Prevención, debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve."

Por su parte, la STSJ de Madrid (cont.) de 15 de noviembre de 2004 (JUR 2005/112127), STSJ de Navarra de 2 de julio de 2004 (JUR 2004/275571), señalan a este respecto que:

> "la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad que remite al principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo derivadas de las facultades de organización del centro laboral siempre que se trate de actividades propias (...) 'la responsabilidad del empresario principal se vincula a la obligación que se le impone de velar por las normas de seguridad e higiene' en sus propios centros y en la actividad que le es propia incluso respecto de los trabajadores pertenecientes a las empresas contratadas o subcontratadas, puede decirse que 'se da por supuesto el principio de culpabilidad, en la medida en que se relaciona la responsabilidad de la empresa con los requisitos demostrativos del incumplimiento negligente o intencional de dichas normas'".

En este contexto, un concepto razonable de "propia actividad" aparece como esencial para mantener la responsabilidad solidaria en una sanción administrativa fuera de la inconstitucional responsabilidad objetiva[60]. Como ha señalado GOERLICH, "mientras el concepto se mantenga dentro de ciertos límites no será una carga excesiva para el empresario principal vigilar el correcto cumplimiento de unas normas de seguridad e higiene que, dada su posición de empresario de la propia actividad, necesariamente debe conocer; antes al contrario, será una *carga plenamente razonable* habida cuenta de los beneficios que extrae de la descentralización del propio proceso productivo." Muy significativa es, en este sentido la STSJ de Cataluña (cont.) de 7 de junio de 1999 (RJCA 2827), que expresamente conecta la propia actividad con la necesidad de mantener el deber de vigilancia dentro de "lo razonable y posible". Así como la STSJ de Extremadura (cont.) de 24 de septiembre de 2001, donde se señala que "si se exige que las obras y servicios que se contraten o subcontraten deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una *limitación razonable* que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial". (...) "La Central Nuclear de Almaraz, asumía el deber de garantizar la seguridad de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas, siendo responsable por no vigilar que sus instalaciones, mecanismos y elementos que eran usados durante el cambio de los generadores de vapor, eran suficientes para soportar las cargas a las que fueron sometidos".

(60) M. GOERLICH PESET, *Centros de trabajo compartidos. Contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades*, cit., pág. 191.

En todo caso, como se extrae de los Criterios Técnicos de la ITSS, en concreto del ya citado 23/1999, en relación la institución de la responsabilidad solidaria el establecimiento de la misma "no significa que se trate de una responsabilidad sin límites, puesto que caben supuestos en que la infracción, por las circunstancias concurrentes, sea imputable exclusivamente a contratista o subcontratista, 'normalmente aquellos no relacionados con la ejecución del trabajo en el centro o cuando sea imposible su control por el empresario principal'. O que quepa 'la responsabilidad directa del empresario principal por sus propios incumplimientos, sin implicación de contratistas y subcontratistas'".

El artículo 42.3 LISOS establece, literalmente, la obligación de la empresa "principal" de "responder solidariamente con los contratistas y subcontratistas". El referido tenor literal ha llevado en efecto a los Tribunales a entender que la responsabilidad solidaria alcanza únicamente a la empresa principal, en sentido descendente, pero se extiende a los incumplimientos imputables a las empresas contratistas y subcontratistas, independientemente de la posición que ocupen en la cadena de subcontrataciones, como ha señalado la STSJ del País Vasco (Soc.) de 22 de febrero de 2000 (AS 772). Llegados a este punto, conviene recordar que la STS (Soc.) de 9 de julio de 2002, dictada en unificación de doctrina, ha dejado resuelto, esperemos que de forma definitiva, el problema de la determinación de los sujetos responsables en los casos de encadenamiento de contratas al pronunciarse sobre el alcance subjetivo de las responsabilidades previstas en el artículo 42 ET, y ha concluido que la solidaridad alcanza a toda la cadena de contratistas y subcontratistas, interpretación extensiva que, con toda probabilidad, pudiera proyectarse sobre una futura interpretación del artículo 42.3 LISOS.

D) Contrata correspondiente o no a la propia actividad de la empresa principal y no desarrollada en su centro de trabajo pero con "maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal"

El artículo 24.4 LPRL prevé una excepción a este régimen de "no obligaciones", como es que cuando los trabajadores de la empresa contratista deban operar con "maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal", esta última estará sometida a las obligaciones dispuestas en el artículo 41 LPRL. En suma, se establece la obligación de la empresa principal de procurar a la contratista o subcontratista la información necesaria para que la utilización y manipulación de la "maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo", que aquélla les proporcionó para realizar operaciones contratadas fuera de sus centro de trabajo, "se produzca sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores", así como para que pueda el contratista o subcontratista "cumplir con sus obligaciones de información" con sus trabajadores. Es importante subrayar que con relación a este supuesto no se establecen responsabilidades administrativas en nuestra legislación.

El acceso a la tutela judicial contencioso-administrativa en la reciente jurisprudencia constitucional

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

Resumen

EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El presente artículo analiza las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el año 2005 que estiman recursos de amparo contra resoluciones judiciales por denegación del acceso a la justicia en el orden contencioso-administrativo. Dichas sentencias son llamativamente numerosas y también llama la atención el contenido de algunas de las resoluciones judiciales recurridas en amparo, que vulneran el derecho a la tutela judicial, porque desconocen la doctrina jurisprudencial previa o incurren en graves errores de hecho o de apreciación. A través del estudio de esas sentencias constitucionales, el autor recuerda la doctrina aplicable en cada caso y reflexiona sobre los actuales problemas de la justicia administrativa en España.

Abstract

THE ACCESS TO CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE RECENT CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

The present article analyzes the verdicts of the Constitutional Court pronounced in the year 2005 that estimate protection appeals against judicial resolutions for denial of the access to the justice in the contentious-administrative order. These sentences law are garishly numerous and also attracts the content of some of the judicial resolutions appealed for protection, that break the right to judicial tutelage, because ignore the previous case-law or because incur in serious errors of fact or of appreciation. Through the study of those constitutional sentences, the author remembers the applicable doctrine in each case and meditates on the current problems of the administrative justice in Spain.

Sumario:

I. Introducción. II. Legitimación activa y representación procesal. III. Falta de requisitos objetivos del recurso. IV. Extemporaneidad. V. Formalismo excesivo. VI. Falta de emplazamiento personal. VII. Denegación de tutela por falta o defecto de motivación de las resoluciones judiciales.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2005, el Tribunal Constitucional dictó 342 sentencias. En 35 de ellas, es decir, algo más de un 10%, se constató una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la tutela judicial *stricto sensu*, imputable a resoluciones de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo. Comprendemos en ese concepto de "acceso a la tutela judicial" aquellos casos en que un recurso, sea en primera o única instancia, sea de apelación o casación, ha sido inadmitido, cualquiera que sea la causa de inadmisión –falta de legitimación activa o defecto de postulación, carencia de los requisitos objetivos del recurso, extemporaneidad, defectos de forma–, los casos de falta de emplazamiento personal de sujetos interesados en el proceso y, por último, aquellos supuestos en que el órgano judicial no ha resuelto de manera motivada sobre alguna o alguna de las pretensiones de las partes, incurriendo en una denegación total o parcial de justicia.

La cifra de sentencias constitucionales estimatorias sobre estas cuestiones es alta, a juicio de quien suscribe. Quizá puede pensarse lo contrario si se considera en términos relativos, es decir, teniendo en cuenta los cientos de miles de resoluciones judiciales que cada año se adoptan en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero ha de tenerse en cuenta que, con toda probabilidad, otras muchas resoluciones que plantean problemas similares no alcanzan a ser revisadas por sentencia del Tribunal Constitucional, ya sea porque no se impugnan, porque la infracción constitucional cometida se repara a través de los recursos contra sentencias y autos dentro de la propia Jurisdicción o porque el asunto no supera el filtro de admisión del recurso de amparo, que, como se sabe, es muy estricto. En efecto, sólo aquellas posibles violaciones de las normas procesales que regulan el acceso a la justicia que implican infracción constitucional, no sólo legal, pueden ser examinadas en el juicio de amparo y dar lugar a una sentencia constitucional. Otras muchas resoluciones judiciales impugnadas que inadmiten recursos, por más que fundadas en interpretaciones rigurosas y discutibles de la legalidad vigente, o que

contienen una motivación incompleta o incurren en errores incluso claros no son revisadas por el Tribunal Constitucional en virtud de la doctrina que, mediante un límite difuso, separa las cuestiones de interés constitucional de las cuestiones de legalidad ordinaria.

De todas formas, 35 sentencias estimatorias de recursos de amparo en un solo año sobre este tipo de infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva son muchas sentencias y el dato no puede dejar de llamar la atención de cualquier administrativista que siga atentamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De esta sensación –no de asombro, pero sí de inquietud–, que se ahonda al conocer algunas de las resoluciones judiciales anuladas en amparo, nace este artículo. Pretendo con él no sólo dar a conocer a los lectores la correcta interpretación y aplicación de ciertas normas procesales, sino también reflexionar críticamente sobre algunos de los problemas que aquejan hoy a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la intención de colaborar a mejorar su funcionamiento. Antes de formular estas reflexiones conviene, no obstante, exponer el contenido de las sentencias mencionadas, obviamente en los resumidos términos que permite cualquier breve estudio de revista, ordenándolas por materias.

SÓLO LAS POSIBLES VIOLACIONES DE NORMAS PROCESALES PUEDEN EXAMINARSE EN AMPARO Y DAR LUGAR A UNA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

Un primer grupo de sentencias se refiere a cuestiones de legitimación activa y representación en juicio de los recurrentes.

a) En tres de ellas se analiza la legitimación para recurrir de organizaciones sociales que invocan un interés colectivo. La STC 28/2005, de 14 de febrero, resuelve el recurso de amparo interpuesto por Comisiones Obreras contra una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Valencia de 13 de octubre de 2000, confirmada en apelación por otra del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 7 de enero de 2002, que denegaba la legitimación activa de aquel sindicato para impugnar un acuerdo municipal de aprobación de las bases de un proceso de selección de personal –un concurso-oposición en turno de promoción interna–, que se había adoptado sin previa negociación colectiva. El Juzgado entendió que en el supuesto contemplado, la legitimación para recurrir no correspondía al sindicato sino, en su caso, a la Mesa de negociación del acuerdo colectivo municipal.

El Tribunal Constitucional, sobre la base de sentencias precedentes (SSTC 89/2003, 112/2004, 142/2004) declara la legitimación activa de los sindicatos para impugnar las decisiones administrativas que afecten al régimen de los funcionarios públicos y personal estatutario, ya que aquéllos desempeñan una función genérica de representación y defensa de los intereses colectivos de ese personal, incluso si no actúan en defensa de su propios afiliados. No se trata de reconocer a los sindicatos un papel de "guardián abstracto de la legalidad" en este tipo de materias, ya que, según la legislación vigente (artículo 19 LJCA), debe existir un interés legítimo en el recurso y, por tanto, un vínculo especial y concreto entre el interés del sindicato recurrente y el objeto del proceso, que consiste en la defensa de los intereses profesionales o económicos de los trabajadores. En este caso, el interés del sindicato recurrente está en que la promoción interna de los funcionarios se lleve a cabo por el procedimiento que estima conforme a derecho y que habría sido desconocido por el acto impugnado. Se impone, pues, una interpretación diferente del artículo 19.1.b) LJCA, que sea conforme al principio *pro actione*. Además, en este tipo de casos ha de tenerse en cuenta también el derecho de libertad sindical, que resulta afectado por la denegación de tutela judicial al sindicato que actúa en defensa de los intereses de los trabajadores, del que deriva un "canon reforzado" de constitucionalidad del asunto.

Prácticamente la misma doctrina se mantiene en la STC 74/2005, de 4 de abril, que anula por inconstitucionales otras dos sentencias de órganos judiciales valencianos –Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, de 21 de septiembre de 2000, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 24 de diciembre de 2001, que la confirma en apelación–. El sindicato recurrente es el mismo y el objeto del recurso otro acuerdo municipal que aprueba las bases de un procedimiento de selección de personal sin negociación colectiva previa. En realidad, parece muy claro que no se puede denegar la legitimación activa para recurrir a un sindicato representativo en este tipo de asuntos, legitimación que, al contrario de lo que sostenían las sentencias recurridas, no corresponde a la Mesa de negociación (de los funcionarios públicos), ya que no debe confundirse la legitimación activa con la capacidad negocial. Dicho sea, por nuestra parte, con independencia de la cuestión de fondo que se planteaba en el proceso *a quo*, esto es, si las bases de un proceso de selección de funcionarios públicos deben aprobarse o no previa negociación colectiva con los sindicatos. Cuestión esta mucho más discutible, ajena por completo al recurso de amparo constitucional.

Una tercera sentencia sobre legitimación activa por interés colectivo es la STC 219/2005, de 12 de septiembre, que estima el recurso contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valencia, de 24 de octubre de 2000, confirmada en apelación por otra del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de julio de 2001. El recurso contencioso-administrativo se dirigía en este caso contra resoluciones administrativas que rechazaron las solicitudes de subvención de unos particulares para la adquisición de viviendas. La recurrente era la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios, de la que los particulares solicitantes de la subvención eran afiliados. Las sentencias recurridas en amparo no negaban la legitimación activa de dicha Asociación para defender los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, pero entendían que en

el proceso no defendía tales intereses colectivos sino los intereses individuales de dos de sus asociados.

El Tribunal Constitucional, citando el precedente de la STC 73/2004, declara la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos que les son propios (artículo 20.1 de la Ley 26/1984, de 14 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 16.1 del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio) y considera que negar que en el caso planteado la Asociación recurrente defendía los intereses de sus afiliados en tanto que "consumidores" (aunque estuvieran solicitando una subvención) constituye una interpretación en exceso rigorista de las normas procesales aplicables, contraria a los parámetros constitucionales. Quizá el caso no sea tan claro como los que hemos visto más arriba, pero el Tribunal Constitucional ha impuesto aquí la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, señalando el criterio general que debe seguirse por los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Dos sentencias sobre la defensa y representación en juicio son también interesantes. La primera de ellas es la STC 58/2005, de 14 de marzo, en recurso de amparo contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia de 6 de julio de 2001, confirmada por otra del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 2 de octubre de 2001. La Interventora de un Ayuntamiento recurrió, representándose y defendiéndose a sí misma como funcionaria pública, dos actos de la Alcaldía por los que se denegaban sendas solicitudes de que se removieran los obstáculos que impedían la remisión a la Intervención municipal de algunos informes solicitados de la Secretaría General de la Corporación y de que se implantaran en el Ayuntamiento mecanismos de verificación del cumplimiento de la jornada laboral. El Tribunal Superior de Justicia había declarado inadmisible el recurso por entender que la recurrente no podía actuar por sí misma, al no tratarse de una cuestión de personal, sino relativa al ejercicio de la función interventora en el Ayuntamiento. El Tribunal Constitucional tiene en cuenta en este caso el precedente constituido por la STC 238/2002, que resuelve un amparo similar interpuesto por la misma funcionaria y sobre materias de la misma índole. No discute el Tribunal Constitucional si la cuestión de fondo era o no de personal (a nuestro juicio no lo es) y si, por consiguiente, podía la funcionaria recurrente actuar por sí misma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (a nuestro juicio no, ya que no defendía sus "derechos estatutarios": artículo 23.3 LJCA). Lo que considera contrario al artículo 24.1 de la Constitución es que, siendo subsanable la falta de representación y defensa en juicio de la recurrente, no se le hubiera dado la posibilidad de subsanar ese defecto de postulación.

Parecida doctrina es la que se mantiene en la STC 304/2005, de 12 de diciembre, que tiene su precedente en STC 33/1990. En este caso se recurrían resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo –Auto de 17 de noviembre de 2000 y el que lo confirma en súplica, de 19 de marzo de 2001– que declaran desierto el recurso de casación. El asunto de fondo concierne a la denegación de permisos de trabajo y residencia a un extranjero, que recurrió en vía contenciosa acogiéndose al beneficio de justicia gratuita. Desestimado su recurso, el Procurador y el Letrado designados de oficio prepararon e interpusieron el recurso de casación, solicitando de nuevo para este recurso la justicia gratuita. El Tribunal

Supremo consideró, por el contrario, que dichos Procurador y Letrado de oficio habían cesado en sus funciones al preparar el recurso de casación, por lo que no podían interponerlo. Por cierto que, en el recurso de súplica previo al amparo, se había alegado por el recurrente que, tras la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, el Tribunal Supremo había cambiado su anterior doctrina, para aceptar que el Procurador y el Abogado de oficio designados en la instancia podían continuar en funciones durante la tramitación del recurso de casación. El Tribunal Supremo había rechazado el argumento, sobre la base de que esa nueva doctrina resultaba aplicable cuando el Procurador y el Letrado de oficio hubieran sido designados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1996. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional no entra en el debate de esta última cuestión, de mera legalidad ordinaria. Lo que critica y estima contrario a la Constitución es que el Tribunal Supremo declara sin más desierto el recurso de casación, sin permitir al recurrente subsanar el defecto de postulación. Incluso si se entendía que transcurrió el plazo legal para solicitar el beneficio de justicia gratuita en casación, la consecuencia sería la pérdida de ese beneficio y no la inadmisión del recurso. Como en otras ocasiones anteriores, el Tribunal Constitucional somete al juicio de constitucionalidad, en este caso negativo, la interpretación y aplicación formalista de los requisitos para plantear (preparar e interponer) el recurso de casación contencioso-administrativo, con la que el Tribunal Supremo viene "defendiéndose" de la avalancha de recursos de su competencia.

Nos interesa subrayar, en cualquier caso, a la vista de las dos Sentencias comentadas (SSTC 58 y 304/2005), la naturaleza subsanable de los defectos de representación y defensa de la parte recurrente, que no pueden ser motivo para inadmitir los recursos sin otorgar el plazo de subsanación.

III. FALTA DE REQUISITOS OBJETIVOS DEL RECURSO

Algunas sentencias abordan la inadmisión de recursos contencioso-administrativos por supuesta falta de requisitos objetivos de su interposición. Dejamos de lado ahora dos sentencias desestimatorias del recurso de amparo, en que se planteaba la existencia o no de litispendencia (STC 32/2005, de 15 de febrero) y la falta de agotamiento de la vía económico-administrativa previa (STC 275/2005, de 7 de noviembre), por entender el Tribunal Constitucional en ambos casos que el órgano judicial *a quo* realizó una interpretación razonable (entre otras posibles) de las normas procesales aplicables. Nos centramos, en cambio, en otras cuatro, que estiman el recurso de amparo declarando el excesivo formalismo o el error patente en que incurrieron las resoluciones judiciales de inadmisión.

La primera de ellas, STC 73/2005, de 4 de abril, se refiere al conocido asunto de la falta de solicitud de certificación de acto presunto, que exigía el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 4/1999. Lo que sorprende en este caso es que la Sala que dictó la sentencia recurrida en fecha 29 de octubre de 2001, que es la del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, inadmitiera el recurso contencioso

ante la carencia de dicha solicitud de certificación, sin tener para nada en cuenta la doctrina establecida ya entonces por el Tribunal Constitucional, en STC 3/2001, de 15 de enero, según la cual la falta de aquella solicitud de acto presunto no podía constituir una causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, la STC 243/2005, de 10 de octubre, estima el recurso de amparo deducido frente a Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra de 28 de enero de 2001, confirmada por otra del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2001. Se impugnaba en la ocasión la adjudicación de una plaza de personal estatutario del Servicio de Salud a un determinado candidato por parte del órgano de selección, que publicó su decisión bajo el rótulo "Resolución de la convocatoria de la plaza". Contra ese acto del órgano de selección se había formulado por el interesado posterior recurso de alzada, que fue desestimado tardíamente por razones de fondo, sin que la Administración opusiera ningún obstáculo a la correcta identificación del acto recurrido. Además, el acto definitivo de adjudicación no fue publicado ni notificado al recurrente. Sin embargo, las sentencias contencioso-administrativas anuladas en amparo entendieron que lo que se había impugnado antes esa Jurisdicción era un mero acto de trámite –la propuesta del órgano de selección– y no el acto definitivo del procedimiento, por lo que declararon la inadmisibilidad del recurso.

ALGUNAS SENTENCIAS ABORDAN LA INADMISIÓN DE RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS POR LA FALTA DE REQUISITOS OBJETIVOS EN SU INTERPOSICIÓN

El Tribunal Constitucional declara en este caso vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución por considerar que las sentencias en cuestión adoptaron una interpretación formalista en exceso y, por ello, desproporcionada e incompatible con las garantías constitucionales, de los requisitos procesales. Pues el objeto de la impugnación era más que evidente a tenor de las circunstancias. Sin duda, en opinión de quien suscribe, estamos ante un caso paradigmático de aplicación formal y rigorista de las normas que regulan los requisitos para recurrir en vía contenciosa, absolutamente criticable.

También merece el mismo reproche por parte del Tribunal Constitucional otra sentencia y auto posterior del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra. En este caso, el Juzgado apreció que, en relación con alguno de los actos recurridos en la vía contenciosa (varias liquidaciones de tasas municipales por entrada de vehículos a través de aceras), el recurrente no había agotado la vía administrativa, supuesto

defecto este que nadie había alegado en el proceso ni tenía soporte en las actuaciones. El Juzgado, no obstante, de oficio y sin conceder audiencia previa a las partes sobre el particular, aplicó esa causa de inadmisibilidad parcial y la ratificó en un auto de aclaración de la sentencia. La violación constitucional deriva aquí de un error patente de apreciación de la causa de inadmisión aplicada, que privó al recurrente sin ninguna justificación de su derecho a la tutela judicial efectiva.

En fin, la STC 279/2005, de 7 de noviembre, anula una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en aplicación de la reiterada doctrina constitucional (SSTC 126/1984 y 143/2002) que obliga a interpretar en sentido restrictivo la excepción de acto consentido. El problema que se plantea es, en términos resumidos, el del funcionario que participa en un concurso de méritos y no es seleccionado por tener una puntuación más baja que otros, decisión contra la que no recurre, pues, aunque según alega después, no estaba conforme con la puntuación otorgada a alguno de sus méritos, ni siquiera la corrección de esa puntuación le permitiría alcanzar la nota mínima. No obstante, en virtud de recurso interpuesto por otros candidatos, se anula uno de los méritos tenidos en cuenta en el baremo –que aquel funcionario no había aportado– y se procede a una nueva valoración de los méritos aportados por los candidatos. Nuevamente aquel funcionario queda no seleccionado, pero esta vez considera incorrecta la decisión y la recurre, pues de estimarse su reclamación sí alcanzaría la nota mínima de selección. Sin embargo, la Sala aplica la excepción de acto consentido, por entender que el segundo acto no hace sino reproducir, en cuanto al recurrente, el primer acto de selección que no impugnó. El Tribunal Constitucional declara que la única finalidad de la excepción de acto consentido (hoy previstas en el artículo 28 LJCA) es evitar que se puedan impugnar actos a los que se ha dejado ganar firmeza a través de la impugnación de otros posteriores que no gozan de autonomía respecto de aquéllos.

En efecto, la aplicación de las causas de inadmisibilidad no puede convertirse en un obstáculo formal, desvinculado de las circunstancias objetivas de cada caso. La falta de impugnación de un primer acto, como en el supuesto contemplado, puede derivar de la circunstancia de que el interesado considere que su recurso no podría prosperar por razones distintas a la ilegalidad que ha constatado y entiende que le afecta. Pero eso no tiene por qué significar una aceptación tácita de la ilegalidad cometida. De ahí que tenga derecho a solicitar tutela frente a ella cuando, por un cambio de las circunstancias, su recurso sí podría prosperar frente a un segundo acto que la reproduce.

IV. EXTEMPORANEIDAD

Llama la atención el número relativamente alto se sentencias de amparo –nueve– que en sólo un año estiman recursos contra resoluciones judiciales que declararon inadmisibles por extemporaneidad recursos contencioso-administrativos. Y también es de subrayar que, en algunos casos, la violación constitucional que se constata podría haberse evitado fácilmente con sólo haber tenido en cuenta jurisprudencia ya consolidada.

a) Un primer caso, en este sentido, es el resuelto por la STC 20/2005, de 1 de febrero. Lo que se recurre es una providencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2002, que inadmite un recurso de súplica en ejecución de sentencia. Dicho recurso había sido presentado por el interesado, funcionario de la Guardia Civil, en el segundo de los cinco días de plazo para interponerlo, mediante escrito presentado ante una oficina de correos, pero llegó a la Sala con posterioridad a esos cinco días. El Tribunal Constitucional estima el recurso al entender que la Audiencia Nacional ha desconocido la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 28 de mayo de 1998, *Caso Rada Cavanillas c. Reino de España*, y ratificada por el propio Tribunal Constitucional en una larga serie de fallos (SSTC 260/2000, 41/2001, 90/2002, 223/2002): "en situaciones excepcionales, puede considerarse plenamente eficaz la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto del órgano judicial, si examinado el caso, concurren circunstancias excepcionales y no existe negligencia alguna de parte. Entre los criterios para medir la excepcionalidad y la diligencia del demandante de amparo y determinar si puede entenderse que las razones de la inadmisión o desestimación del recurso de que se trata están constitucionalmente justificadas o son irrazonables y, por tanto, contrarias al artículo 24.1 CE, incluimos el de la interposición temporánea en otro registro que, como el registro del servicio de correos, permite tener constancia cierta de la fecha de su presentación. Además es preciso tener en cuenta el alejamiento entre la sede de presentación del escrito y el domicilio de quien lo interpone, la amplitud del plazo para la interposición del recurso en relación con el grado de complejidad técnica para la fundamentación del mismo y si se actúa o no bajo asistencia letrada".

La misma solución estimatoria se adopta en STC 283/2005, de 7 de noviembre (que cita también como precedente otra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2001, *Caso RodríguezValía*). La resolución impugnada era en este caso un auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5, que inadmitió un recurso de súplica presentado en la oficina de correos belga por una funcionaria española destinada en Bruselas.

b) En otras tres sentencias –SSTC 44/2005, de 28 de febrero, 147/2005, de 6 de junio y 323/2005, de 12 de diciembre– se declara la inconstitucionalidad del criterio mantenido en otras tantas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, relativas a aquellos casos en que el recurso contencioso-administrativo se interpone ante un órgano judicial no competente que, tras algunas actuaciones procesales (en uno de los casos, hasta conclusiones) lo remite al órgano que considera competente, cuando este último se indicaba expresamente en el acto recurrido como aquél ante el que interponer el recurso. La Sala de Cantabria estima en estos supuestos que la extemporánea llegada del recurso al órgano competente es consecuencia de la negligencia del recurrente y, por tanto, procede la inadmisión del recurso. Pero el Tribunal Constitucional considera que dicha doctrina es contraria al artículo 24.1 de la Constitución, por manifiestamente contraria a la norma procesal aplicable (artículo 7.3 LJCA de 1998, antes artículo 8.3 LJCA de 1956). Recordemos que estos preceptos ordenan al Juzgado o Sala que se declare incompetente remitir las actuaciones al que estime competente "para que ante él siga el curso del proceso". Para el Tribunal Constitucional el principio *pro actione* obliga a interpretar el actual artículo 7.3 en el sentido de

que el recurso no es extemporáneo si se interpuso en tiempo ante órgano incompetente de la Jurisdicción, aunque en la notificación del acto recurrido se indicara con corrección el órgano ante el que interponer el recurso. Esta doctrina se estableció ya en la STC 78/1991, de manera meridiana, por lo que es poco comprensible que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria la haya desconocido en (por lo menos) tres casos.

Por cierto, la misma doctrina se reitera, en un caso semejante, en la reciente STC 63/2006, de 27 de febrero, en este caso anulando una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

c) Las SSTC 64/2005, de 14 de marzo y 239/2005, de 26 de septiembre, revocan resoluciones de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Castellón y Valencia, respectivamente, conformadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que inadmiten recursos contencioso-administrativos por considerarlos fuera de plazo, al no entender aplicable en el proceso contencioso-administrativo la regla que establece el actual artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual, la presentación de escritos sujetos a plazo puede efectuarse en la Secretaría del Juzgado o Tribunal hasta las quince horas del día siguiente al vencimiento del plazo. También en este caso los órganos judiciales *a quo* realizaron una interpretación de la legislación procesal no razonable ni conforme al principio *pro actione*, teniendo en cuenta la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo, que establece expresamente la Disposición Final Primera de la LJCA.

d) Un caso singular es el que resuelve la STC 85/2005, de 18 de abril. Según el relato fáctico de la Sentencia, el solicitante de amparo había interpuesto el recurso contencioso-administrativo manifiestamente dentro de plazo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Pero éste declaró en la sentencia la inadmisibilidad por extemporáneo, al confundir la fecha real de interposición con aquella otra en que la propia Sala dictó providencia teniendo por interpuesto el recurso, pues aceptó sin más la alegación errónea del Abogado del Estado, que no había sido contradicha por el recurrente en su escrito de conclusiones. Se trata de un supuesto de inadmisión por error patente del órgano judicial, es decir, de una denegación de tutela judicial que carece de toda justificación, ya que no la es que el propio demandante no alegara nada en conclusiones contra lo sostenido por la parte demandada.

e) Por último, la STC 127/2005, de 23 de mayo, imputa la misma violación constitucional a dos Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 1.ª), de 9 de septiembre de 1999 y 24 de marzo de 2000. El supuesto de hecho demuestra, una vez más, la carrera de obstáculos en que se ha convertido el recurso de casación, debido a la interpretación formal de los requisitos procesales, que no tiene en cuenta la exigencia sustantiva de tutela judicial efectiva.

El recurrente en casación (y en amparo) había sido defendido en la instancia de oficio en virtud del beneficio de justicia gratuita. Su Letrado defensor preparó el recurso de casación

y solicitó el nombramiento de Procurador y Abogado de los Colegios de Madrid para que se pudiera interponer el recurso. Transcurrido el plazo de personación del recurrente sin que se hubiera interpuesto el recurso de casación anunciado, la Sala del Tribunal Supremo declaró desierto dicho recurso. No obstante, con posterioridad revocó y dejó sin efecto esa resolución, al constatar que el Colegio de Abogados de Madrid incurrió en un error cuando tramitó la solicitud de justicia gratuita. En consecuencia, la Sala reabrió el plazo para interponer el recurso de casación, pero sólo por once días desde la fecha en que se nombraron nuevos Procurador y Abogado de oficio, por considerar que eran los que restaban del plazo legal, descontando los imputables al Colegio de Abogados de Madrid. El interesado recurrió en súplica el Auto en que se le concedía ese limitado plazo para presentar su recurso, ya que su Letrado no tuvo tiempo para preparar la defensa. Invocaba para ello el artículo 1708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aplicable al caso, que obligaba a otorgar un plazo no inferior a veinte días al nuevo Letrado designado de oficio, desde que dispusiera de las actuaciones, para que pudiera estudiar el asunto, con interrupción del plazo para formalizar el recurso de casación. Se da la circunstancia de que la imposibilidad de preparar la defensa en el plazo de once días concedido era real, pues transcurrido dicho plazo las actuaciones no habían llegado a la Secretaría de la Sección. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de súplica del recurrente y, además, declaró desierto el recurso de casación, por entender también que el recurso de súplica instado no suspendía el plazo para interponerlo.

Sin entrar en consideraciones de legalidad ordinaria, es decir, en la interpretación de las normas procesales aplicables, el Tribunal Constitucional declara que, a la luz de los hechos, se ha producido una indefensión real del recurrente.

EL NÚMERO DE SENTENCIAS DE AMPARO QUE ESTIMAN RESOLUCIONES JUDICIALES QUE SE INADMITIERON POR EXTEMPORANEIDAD ES RELATIVAMENTE ALTO

V. FORMALISMO EXCESIVO

En algunos de los casos ya examinados puede advertirse el criterio formalista de algunos órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar los requisitos procesales. Ahora veremos otros casos en los que la causa de indamisión o de denegación de una resolución sobre el fondo del asunto que se declaró consiste, precisamente, en el supuesto incumplimiento por los recurrentes de determinados requisitos de forma en la interposición o tramitación de los recursos.

a) Varias sentencias se refieren a la inadmisión de recursos de casación por estos motivos. Una de ellas es la STC 248/2005, de 10 de octubre. El Tribunal Constitucional anula en este caso una Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 2003, que declaró la inadmisibilidad de un recurso de casación (tras haberlo admitido, inicialmente), porque en el escrito de interposición del recurso no se citaba expresamente en cuál de los apartados del artículo 95.1 de la LJCA (en su redacción anterior a la reforma de 1998) se fundamentaba el recurso. No obstante, del escrito de interposición podía deducirse con toda evidencia que el recurso de casación se fundaba en el apartado d), "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia…". El Tribunal Constitucional aplica aquí la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 9 de noviembre de 2004, *Caso Sáez Maeso*, que condenó al Reino de España por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al estimar incompatible con éste aquel tipo de formalismo en la interpretación y aplicación de los requisitos de acceso al recurso de casación. Esperemos que, tras esta sentencia europea, tenga lugar algún cambio de criterio en el Tribunal Supremo, tan dado a esgrimir las exigencias formales, a menudo excesivas e injustificadas, para defenderse de la avalancha de recursos que se interponen ante él.

Por cierto, otra sentencia constitucional, la STC 265/2005, de 24 de octubre, aborda ese mismo tipo de problemas. En este caso, sin embargo, el Tribunal Constitucional acaba desestimado el recurso de amparo, pues en el escrito de preparación del recurso de casación no se había justificado expresamente que la sentencia de instancia era recurrible en casación, que éste se había preparado en tiempo y que el recurrente tenía legitimación para interponerlo. La STC 265/2005 es, como otras, muy respetuosa con el criterio del Tribunal Supremo de exigir este tipo de concreciones en el escrito de preparación del recurso, aunque la concurrencia de los requisitos procesales se deduzca claramente de las actuaciones. Considera que la exigencia de esos requisitos de forma es cuestión de legalidad ordinaria. Pero esta doctrina constitucional es discutible, pues muchas veces supone una pura y simple denegación del acceso a la casación, cuando es fácil comprobar que se reúnen todos los requisitos para interponer ese recurso. De ahí que la STC 265/2005 tenga un voto particular, del Magistrado Sr. García Calvo, que se apoya también en la Sentencia *Sáez Maeso* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En otra resolución, la STC 221/2005, de 12 de septiembre, se anula un Auto del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2003, que inadmite un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El solicitante de amparo había recurrido ante éste un acto administrativo con fundamento en la disconformidad a Derecho de una ordenanza fiscal municipal que dicho acto aplicaba. Desestimado su recurso, preparó recurso de casación con base en lo dispuesto en el artículo 86.3 de la LJCA de 1998: "Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general". El Tribunal Supremo inadmitió la casación sobre la base de que la sentencia de instancia no contenía ningún pronunciamiento sobre la conformidad a Derecho de la disposición de carácter general recurrida indirectamente. Sucede, no obstante, que el recurso de casación podía haber sido inadmitido por otra causa, ya que

es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (y respetada por el Tribunal Constitucional) que el artículo 86.3., pese a su dicción literal –"cabrá en todo caso recurso de casación…"– no permite interponer este tipo de recurso en asuntos de los que, tras la LJCA de 1998, sean competentes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en primera instancia, como era el caso. Ahora bien, sin desconocer esta doctrina, la STC 221/2005 entiende que en el Auto recurrido el Tribunal Supremo ha fundado la inadmisión exclusivamente en que la sentencia de instancia no contenía pronunciamiento alguno sobre la legalidad de una norma reglamentaria y que no motivó este fundamento, por lo que habría incurrido en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La STC 221/2005 tiene un voto particular, del Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas. Ciertamente, resulta criticable que se ampare al recurrente, cuando se está reconociendo que había una causa legal de inadmisión del recurso de casación, aunque no fuera la que el Auto recurrido adujo.

b) La STC 79/2005, de 4 de abril, otorga el amparo a la recurrente, en este caso contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que desestima un recurso de apelación por un argumento formal, que la apelante se había limitado en su recurso de apelación a remitirse a los fundamentos expuestos en la demanda inicial del recurso contencioso-administrativo en primera instancia. La Sala de Canarias sigue el criterio, ya de por sí discutible, de que en la apelación debe formularse la crítica expresa de la sentencia apelada. Ahora bien, resulta que en el caso de referencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que resolvió en primera instancia no entró en fondo del asunto, sino que se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso sobre la base de una supuesta extemporaneidad. La Sala de apelación reconoce que el recurso no era extemporáneo, pero lo desestima por el motivo indicado. Pero, en virtud de esas circunstancias, exigir otra nueva fundamentación del recurso de apelación resultaba excesivo y no justificado.

c) Por su parte, la STC 249/1995, de 21 de noviembre, también otorga el amparo a un particular contra otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 15 de junio de 2006, en este caso dictada en la instancia. El interesado había interpuesto el recurso contencioso-administrativo mencionando, como es preceptivo, el acto objeto del recurso, al que se refería también en su escrito de demanda. Sin embargo, omitió mencionar dicho acto en el suplico de la demanda, si bien por la redacción del mismo no podía dudarse de que se pretendía su anulación. La Sala aplicó aquí también un criterio muy rigorista, ya que declaró la inadmisibilidad del recurso por el mero hecho de que en el suplico de la demanda no se citaba el acto impugnado. Caso patente de formalismo enervante de la tutela judicial cuando, la simple lectura de la demanda permitía deducir sin error la pretensión procesal de anulación.

VI. FALTA DE EMPLAZAMIENTO PERSONAL

Todavía podemos encontrar en la jurisprudencia constitucional de 2005 sentencias –nada menos que tres– que no han respetado el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva de

alguno de los interesados en el proceso, por no haberse llevado cabo el emplazamiento personal de los mismos en el proceso, siendo dichas personas perfectamente identificables y con domicilio conocido o fácil de conocer.

La primera de ellas es la STC 135/2005, de 23 de mayo, que anula una Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 1996, confirmada por otra del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2002. Dichas sentencias anulaban a su vez la homologación del título de odontología extranjero del recurrente en amparo, al que, tras varios intentos infructuosos de citación personal, se le emplazó por edictos. Ahora bien, la parte demandante era el Colegio Profesional en el que estaba inscrito dicha persona, de donde el Tribunal Constitucional deduce que le habría sido fácil localizar su domicilio, de la misma manera que hubiera sido sencillo para la Sala de instancia conocer dicho domicilio con sólo pedirlo al Colegio demandante, a efectos de practicar el emplazamiento personal.

La segunda es la STC 207/2005, de 18 de julio. En este caso, el recurso contencioso-administrativo se dirigió contra un acto de selección de empleado público. El empleado destinado en la plaza litigiosa era identificable y, a consecuencia del recurso, podía perder la plaza obtenida, tal como resultó de la sentencia recaída. Pero el órgano judicial, en el caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no garantizó el emplazamiento personal.

En tercer lugar, la STC 246/2005, de 10 de octubre, considera asimismo insuficiente para tutelar el derecho de acceso a la justicia el mero emplazamiento edictal aceptado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, de quienes eran los beneficiarios conocidos de una obra pública en el recurso entablado por los expropiados por la Administración de carreteras para construirla.

Estas tres Sentencias constitucionales se limitan a aplicar la ya muy consolidada y conocida doctrina sobre infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes, en la práctica, no pudieron defenderse por no haber sido llamados personalmente al proceso, pese a ser conocidos y localizables. El interés de las Sentencias está en constatar que siguen produciéndose este tipo de vulneraciones constitucionales pese a la abundante y ya antigua jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

VII. DENEGACIÓN DE TUTELA POR FALTA O DEFECTO DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Abordamos ya el último capítulo de este breve comentario de la jurisprudencia de 2005, aludiendo a aquellos casos en que se ha declarado la existencia de una denegación de acceso a la justicia en el orden contencioso-administrativo no por inadmisión de los recursos, sino, sustantivamente, porque el órgano judicial no ha dado respuesta fundada a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso o a algunas de ellas. Se trata de un buen puñado de casos, muy diferentes entre ellos, en que el Tribunal Constitucional constata la violación del artículo 24.1 de la Constitución.

a) Por orden cronólogo, el primero de los fallos es la STC 95/2005, de 18 de abril, que anula una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla, confirmada en apelación por otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de octubre de 2002. El recurrente había impugnado una sanción administrativa alegando la caducidad del procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42.3 y 43.4 de la LRJPAC, esto es, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su versión inicial. No obstante, el Juzgado, siguiendo la contestación a la demanda de la Administración declaró que no se había producido la caducidad del procedimiento sancionador conforme al artículo 43.2 de la misma LRJPAC, pero según la redacción que le dio la Ley 4/1999 sí, ya que el procedimiento en cuestión se había iniciado antes de la entrada en vigor de esa modificación legal. Dicho esto, el Jugado no examinaba en su sentencia si se había producido la caducidad conforme a los preceptos alegados de la redacción inicial de la LRJPAC. Se produjo así, lo que el Tribunal Constitucional define como una incongruencia por error, que combina las modalidades de la incongruencia *ex silentio* y la incongruencia *extra petitum*. Esto es, el órgano judicial no se pronuncia sobre la vulneración de los preceptos legales invocados en la demanda, sino que resuelve la cuestión de fondo –la caducidad del expediente– por considerar inaplicable un precepto legal distinto, que ninguna de las partes consideraba aplicable al caso. Con ser sensible este error, lo más grave del asunto es que la sentencia de instancia se confirma en apelación, pese a que el apelante alegara con toda claridad el error sufrido por el Juzgado.

SON MUCHOS LOS SUPUESTOS EN QUE SE CONSTATA LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 24.1 CE PORQUE EL ÓRGANO JUDICIAL NO HA RESPONDIDO FUNDADAMENTE A LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO

b) El segundo supuesto es el que resuelve la STC 103/2005, de 9 de mayo, que revoca una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de octubre de 2000, dictada en grado de apelación. El recurrente había impugnado una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que le imponía el pago de determinada cantidad. El Juzgado, en primera instancia, estimó el recurso por considerar que no se dio audiencia al recurrente, pero sin pronunciarse sobre la alegación de fondo relativa a la prescripción de la deuda. Formulada apelación por la parte demandada, la Sala de Oviedo estimó el recurso y confirmó la validez del acto impugnado, al no encontrar infringido el derecho al trámite de audiencia, pero sin pronunciarse sobre la eventual prescripción de la deuda. La Sentencia constitucional constata aquí la existencia de un caso manifiesto de incongruencia omisiva.

c) En la misma fecha de 9 de mayo, el Tribunal dicta la STC 115/2005, que anula por denegación de acceso a la tutela judicial otra resolución judicial que incurre en un error notorio, en este caso adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 5.ª) En este caso, la Sección de apoyo núm. 2 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de ese Tribunal había dictado una sentencia anulando liquidación tributaria girada en concepto de IVA. El fundamento de la sentencia estimatoria es la nulidad de la base liquidable del impuesto, por falta de motivación sobre el incremento de valor de un elemento patrimonial, cuestión esta que nada tiene que ver con el IVA. Por eso, el propio recurrente solicitó la nulidad de actuaciones, que fue desestimada por la Sección de apoyo. Con posterioridad y a instancia de la Agencia Tributaria, la Sección 5.ª de la Sala, competente sobre la ejecución de la sentencia, dictó un acto de aclaración de la misma, declarando que había estimado el recurso únicamente por la nulidad del incremento de patrimonio del rendimiento del capital inmobiliario, que no guarda relación con la base imponible del IVA. De esta manera, se privaba a la sentencia estimatoria de toda su eficacia estimatoria y de toda utilidad para el recurrente. El Tribunal Constitucional constata en el fundamento de su Sentencia que el patente error que se cometió en la sentencia estimatoria del recurso contencioso parece obedecer, como todas las partes alegaron, a la utilización en el texto de esa sentencia de fundamentos correspondientes a otra sentencia anterior, relativa al mismo recurrente, pero que versaba sobre una liquidación por IRPF y no por el IVA. Ahora bien, considera que, desde un punto de vista constitucional, lo relevante es que la providencia de aclaración de la Sección 5.ª dejaba sin efecto práctico alguno un fallo estimatorio. De ahí que se anule esa providencia, si bien el Tribunal Constitucional se autoexime de pronunciarse acerca de cómo ejecutar la errónea sentencia de la Sección de apoyo, por ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria.

Con independencia de la crítica que pueda merecer este "lavarse las manos" y, en definitiva, el contenido del fallo de amparo, lo que esta Sentencia pone de manifiesto es un gravísimo comportamiento de un órgano judicial, la Sección de apoyo, que, sencillamente, parece no haber comprendido cuál era el fondo del asunto sobre el que tenía que resolver y que falla "agarrándose" (si se me permite la expresión) a otra sentencia que nada tiene que ver con el caso.

d) La STC 133/2005, de 20 de junio, que tiene como precedente directo la STC 160/2001, considera contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se deniegue por el órgano judicial el pronunciamiento sobre los motivos de impugnación de una actuación administrativa que no hubieran sido aducidos ya por el recurrente en la vía administrativa previa, anulando por consiguiente una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid. De esta manera el Tribunal Constitucional eleva a la consideración de violación del artículo 24.1 de la Constitución que se advierta la existencia de desviación procesal por esta causa, recogiendo la doctrina que ya venía manteniendo el Tribunal Supremo y que hoy se ha incorporado al artículo 56.1 LJCA: "En los escritos de demanda y de contestación se consignarán (…) las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, *hayan sido o no planteados ante la Administración*". Recordemos simplemente que lo que no puede variarse,

respecto de la vía administrativa, es la pretensión que se deduzca, pero sí los motivos en que se fundamente, pues la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene un carácter estrictamente revisor de lo resuelto en esa vía previa.

En el caso contemplado, un Juzgado desconoció la letra de la ley y la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo. Y, al tratarse de un asunto en única instancia, la vulneración flagrante de una y otra habría quedado ahí, de no existir el recurso de amparo.

Un supuesto semejante se resuelve por STC 158/2005, de 20 de junio, que menciona como precedente la STC 98/1992. Se reitera en aquélla que, si bien es conforme a Derecho la negativa del órgano judicial a entrar en la resolución de "cuestiones nuevas", no planteadas en la vía administrativa, no debe confundirse esa circunstancia con la formulación en la demanda de nuevos motivos de impugnación. "La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación –dice el Tribunal– corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican". En el caso analizado, era claro que la demandante sólo había hecho una ampliación de los fundamentos jurídicos de su recurso, que no fueron enjuiciados, en infracción del artículo 24.1 de la Constitución, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que se anula.

e) La STC 142/2005, de 6 de junio, testimonia cómo varios errores patentes de apreciación en cadena impiden que se entre a juzgar del fondo de un asunto en las sucesivas instancias. Una asociación de funcionarios recurrió el acto de convocatoria de un concurso para la provisión de un puesto de trabajo ante el Juzgado Central núm. 4. Comoquiera que, en el momento de formalizar la demanda, por el procedimiento abreviado, el Letrado de la recurrente no tenía a la vista todo el expediente, dirigió su recurso contra el acto singular, advirtiendo que, de ser el mismo mera aplicación de lo dispuesto en la Relación de Puestos de Trabajo, que se desconocía, se formularía también la impugnación indirecta de ésta. En la vista oral, conocido ya todo el expediente y el contenido de esa RPT, se aclaró que el recurso debía entenderse también como impugnación indirecta de la RPT, dado que imponía requisitos para la provisión del puesto de trabajo, aplicados por el acto impugnado, que se consideraban ilegales. En la sentencia del Juzgado se rechaza esta pretensión, pues se declara que es sólo competente para conocer de los actos administrativos de aplicación de las disposiciones generales, pero no de éstas. Demuestra así el titular del Juzgado su ignorancia de lo que es la "impugnación indirecta" de una disposición general, pues es obvio que el objeto del recurso era el acto y que ese tipo de impugnación está contemplada y definida en el artículo 26.1 LJCA.

La sentencia se recurre en apelación y la Audiencia Nacional la revisa parcialmente, ya que, como es obvio, fundar el recurso contra un acto en la ilegalidad de la disposición de carácter general que aplica no varía la competencia del órgano judicial que la tiene para conocer de aquél. Pero, sorprendentemente, declara la Audiencia que suscitar en el acto de la vista oral la cuestión relativa a la supuesta ilegalidad de la RPT constituyó una desviación procesal. No tuvo en cuenta la Sala que esa eventualidad ya se planteaba en la demanda y que si, en el momento de formularla, no pudo concretarse ese tipo de fun-

damento del recurso, es porque no conocía la demandante el contenido de la RPT, algo normal en el caso del procedimiento abreviado, en que procede formalizar el escrito de demanda sin conocer el expediente.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal Constitucional califica la sentencia de la Audiencia Nacional de "incomprensible" y la anula por el error patente en que incurre y que priva a la demandante de amparo de una resolución sobre el fondo del asunto.

f) Mediante la STC 187/2005, de 4 de julio, se anula un auto dictado en ejecución de sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Mérida. En el recurso se solicitaba que por el Ayuntamiento demandado y propietario de un local en el mercado de abastos se efectuaran obras de reparación necesarias para hacer desaparecer unas humedades. La sentencia confirmó esa obligación municipal, anulando el acto administrativo que la rechazaba. Pero, en ejecución de sentencia, el Juzgado desvinculó el fallo de los fundamentos de la sentencia, apartándose irrazonablemente del alcance de su pronunciamiento.

g) El siguiente supuesto revela la comisión de un craso error judicial, que supone una auténtica denegación de justicia. Es la STC 269/2005, de 24 de octubre, que anula una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga. La demandante de amparo interpuso dos recursos contenciosos sucesivos contra sendas liquidaciones tributarias correspondientes a dos ejercicios sucesivos, que le exigían el pago de una deuda y le imponían una sanción. El primer recurso fue resuelto por el Juzgado núm. 2 de Málaga, que confirmó la deuda tributaria, pero anuló la sanción. El segundo es resuelto por la sentencia recurrida en amparo, que lo desestima completamente e impone las costas a la recurrente. Esta última sentencia justifica su fallo en que aquélla "sostiene un recurso infundado, cuando ya le consta por sentencia firme la procedencia de la deuda tributaria en un recurso similar". El Tribunal Constitucional entiende, con toda razón, que esta sentencia no satisface el derecho de la demandante a obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho, pues se apoya sólo en una sentencia precedente de signo (parcialmente) contrario.

h) Dejamos para el final dos casos similares, también paradigmáticos, de denegación de tutela, que resuelven las SSTC 149/2005, de 6 de junio y 311/2005, de 12 de diciembre.

La primera de ellas anula una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Córdoba de 3 de diciembre de 2002, en un asunto sobre prescripción de deuda tributaria. Como declara el Tribunal Constitucional, la sentencia recurrida se limitaba a "trasladar unas referencias normativas y/o jurisprudenciales sobre cada una de las materias examinadas, de modo que la resolución judicial cuestionada en amparo elude cualquier referencia a los concretos hechos que está llamada a juzgar y hurta cualquier motivación que permita al recurrente comprender por qué adopta una determinada decisión sobre cada una de ellas". Se trata, pues, de una sentencia carente de motivación

específica, *ad casum*, que se compone de una mera colección de normas y doctrina jurisprudencial yuxtapuesta. Para el Tribunal Constitucional constituye, por ello, "una simple afirmación, desprovista del necesario soporte argumental". Obvio es que, si la propia jurisprudencia contencioso-administrativa rechaza la motivación abstracta y genérica de las resoluciones administrativas, haya que considerar contrarias a Derecho, y con mayor razón si cabe, las resoluciones judiciales que incurren en semejante vicio.

Algo similar establece la STC 311/2005, referida a una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona núm. 1, que se pronuncia en un asunto sobre prescripción de infracción urbanística. La sentencia se limita a citar el plazo de prescripción legal y el Reglamento de Disciplina Urbanística, más algunas sentencias del Tribunal Supremo, pero sin el necesario razonamiento aplicativo, por lo que se considera carente de motivación y, por ende, contraria a la Constitución y a su artículo 24.1.

PARA FINALIZAR

No cabe duda de que el Tribunal Constitucional ha jugado, desde su misma entrada en funcionamiento, ahora hace un cuarto de siglo, un papel relevante para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, anulando muchas resoluciones judiciales que obstaculizan indebidamente el acceso a una resolución sobre le fondo de los asuntos planteados y adecuadamente motivada y fundada en Derecho. La mayor parte de los recursos de amparo abordan, como es sabido, cuestiones de esta naturaleza, muchas de ellas procedentes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Más importante aun que la anulación de esas resoluciones es la doctrina que el Tribunal ha establecido y que debe guiar la actuación de la justicia ordinaria. La defensa del principio *pro actione* a través de los recursos de amparo ha contribuido sin duda a erradicar límites y orientaciones jurisprudenciales arraigadas y escasamente conformes a las exigencias de un Estado de Derecho efectivo.

LA DEFENSA POR EL TC DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE* MEDIANTE LOS RECURSOS DE AMPARO HA CONTRIBUIDO A ERRADICAR ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES POCO CONFORMES A LAS EXIGENCIAS DE UN ESTADO DE DERECHO EFECTIVO

Lo que se puede añadir, a la vista del resumen de sentencias expuesto, es que el Tribunal sigue aún realizando esa tarea, que todavía tiene que realizarla y que, previsiblemente, va a tener que seguir realizándola en el futuro (al menos próximo). Este hecho tiene una lectura positiva y otra que no le es tanto. La positiva es comprobar que el Tribunal Constitucional repara, en

verdad, denegaciones de justicia carentes de justificación o de proporcionalidad, aunque recurrir ante él suponga un retraso en la resolución de los procesos *a quo* y mayores gastos para el recurrente. Pero el Tribunal sigue cumpliendo su misión, a pesar de los problemas que plantea el abultadísimo número de recursos de amparo. Esperemos que, no obstante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se está debatiendo en la actualidad en Las Cortes, no reduzca ese esfuerzo de control sobre la Justicia ordinaria.

Pero, en el otro plato de la balanza, es descorazonador deducir, mediante la lectura de las sentencias del Tribunal o, más precisamente, de los supuestos de hecho a que se refieren, que los problemas de acceso a la tutela judicial efectiva, en el proceso contencioso-administrativo, subsisten. Más aun, es preocupante que no pocas resoluciones judiciales recurridas en amparo sean manifestación de prácticas o tendencias judiciales contrarias a la jurisprudencia constitucional, que tendrían que estar desapareciendo en virtud de esa jurisprudencia precisamente. Es significativo que algunas de ellas se hayan dictado sin tener en cuenta en absoluto la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional –o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o por el Tribunal Supremo– en casos anteriores y recientes, cuando no reiterados. Y llama, en fin, la atención comprobar los graves errores de hecho en que incurren ciertas resoluciones y la falta de verdadera motivación de otras.

Desde luego, no sería justo generalizar, ni siquiera a la vista de las tendencias comentadas y del breve plazo en que se han dictado. Pero es mi impresión, compartida por muchos de los juristas de prestigio que conozco, que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no atraviesa su mejor momento. Y, de alguna manera, el estudio que acaba de hacerse avala esa impresión.

Hace algunos años podíamos hablar –y hablábamos casi todos– de los problemas de saturación, de desbordamiento de la Jurisdicción por el enorme incremento del número de asuntos sometidos a su conocimiento, con la consiguiente dilación de los procesos. Hoy esos problemas se han paliado, aunque sólo en parte y no puede decirse que definitivamente, con la creación de los Juzgados en el orden contencioso-administrativo.

Pero ahora es cada vez más frecuente escuchar –y en cierto modo comprobar– que estamos ante una crisis de calidad de la Justicia. Probablemente ambas cosas no son separables por completo, pues la acumulación de asuntos dificulta su estudio detenido y, tratándose de Derecho administrativo, que es un ordenamiento muy complejo, lleva a veces a fallar sin una comprensión cabal del caso. Sin embargo, se aprecia también, como sucede en buena parte de las sentencias aquí examinadas, una nueva ola de formalismo, que lleva a inadmitir injustificadamente muchos recursos en todas las instancias. Quizá –podría aventurarse– como un reflejo defensivo ante la multiplicación del trabajo por resolver, pero quizá por razones más hondas.

Sin intención alguna de cargar las tintas, el problema está ahí. La impresión es que gana terreno una "justicia" formal, de aliento puramente burocrático, que busca sobre todo

despachar a un cierto ritmo –tampoco excesivo– los asuntos, mediante resoluciones "aseadas" las más de las veces, cortas de fundamentación en muchísimos casos y no pocas veces "decisionistas" y escasamente fundadas. Una forma de "administrar" justicia que revela una actitud poco comprometida, que huye de los riesgos y que por ello, en caso de duda, o cuando el asunto plantea un alto grado de complejidad o las consecuencias de la sentencia estimatoria pueden tener cierta gravedad, se decanta por lo común del lado de la parte demandada, esto es, de la Administración, aunque ello suponga desconocer la letra de la ley o la doctrina legal consolidada.

Tampoco puede desconectarse esta crítica, basada en el estudio de la jurisprudencia y en la experiencia profesional propia y ajena, de la percepción de la crisis de la Administración de Justicia que tiene el común de los ciudadanos, tal como se refleja en encuestas y sondeos de opinión. Me limito a recoger ahora algunos datos del último Barómetro del CIS, de diciembre de 2005, por lo que tienen de reveladores.

La Administración de Justicia es la institución peor valorada por los ciudadanos entre aquellas a que se refiere el Barómetro (CGPG, Fuerzas de Seguridad del Estado, Defensor del Pueblo, TC). Una abultada mayoría (84.1%) considera que la Justicia no da un mismo trato a todos, sino que diferencia según de quienes se trate. Son muchos más los que piensan que los Tribunales de Justicia funcionan mal o muy mal (37.8 %) que los que consideran que funcionan bien o muy bien (19.2%). Es también mayor el porcentaje de quienes estiman que la Justicia funciona peor que hace dos o tres años que los que opinan que mejora, aunque la inmensa mayoría (57.7%) entiende que las cosas no han cambiado. En fin, un alto número de consultados (80.2%) está de acuerdo o muy de acuerdo en que las decisiones judiciales son muy lentas y que más vale la pena no meterse en pleitos.

La Justicia Administrativa es, a pesar de todo, uno de los pilares del Estado de Derecho. Y debe seguir siéndolo. Mejor, debe perfeccionar el ejercicio de su función. No sólo es cuestión de medios y de recursos económicos, aunque sean muy importantes. Es también cuestión de organización de los Juzgados y Tribunales, de la formación de los Jueces, de su actitud ante el servicio que prestan, de la calidad de las leyes.

También es cuestión vinculada a los avances de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia y, más allá, al conocimiento y aceptación de esos avances por quienes tienen que resolver en todas las instancias. Exponer, comentar, difundir esa jurisprudencia, en un aspecto tan sensible como las garantías constitucionales del acceso a la tutela judicial es el objetivo al que este trabajo pretende aportar su grano de arena. Pero es preciso reclamar una vez más que los Jueces y Tribunales de todas las instancias deben aplicar estrictamente las leyes y la doctrina del Tribunal Constitucional, de los Tribunales Europeos, del Tribunal Supremo. Sólo de esta manera se garantiza la seguridad jurídica y, con ella, el correcto funcionamiento del Estado de Derecho, valor mucho más importante que la independencia de criterio individual de cada Juez.

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 procedimiento prejudicial.

2. PRINCIPIOS GENERALES

El principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad jurídica, que constituye un principio general de Derecho comunitario y que exige, particularmente, que toda normativa comunitaria, especialmente cuando imponga o permita imponer sanciones, sea clara y precisa, con el fin de que las personas afectadas puedan conocer sin ambigüedad los derechos y obligaciones que derivan de ésta y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1981, Gondrand Frères y Garancini, 169/80, Rec. p. 1931, apartado 17; y de 13 de febrero de 1996, van Es Douane Agenten, C-143/93, Rec. p. I-431, apartado 27).

En la Sentencia del TPI de 5 de abril de 2006, asunto T-279/02, recuerda el Tribunal que este principio, que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y,

en particular, en el artículo 7 del CEDH, se aplica tanto a las normas de carácter penal como a los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas. Dicho principio se aplica no sólo a las normas que establecen los elementos constitutivos de una infracción, sino también a las que definen las consecuencias derivadas de una infracción de las primeras.

A este respecto debe destacarse que, a tenor del artículo 7, apartado 1, de la CEDH:

> "Nadie podrá ser condenado por una acción y, o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida."

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de esta disposición se desprende que la Ley debe definir claramente las infracciones y las penas que las castigan. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2000, Coëme y otros contra Bélgica, *Recopilación de sentencias y decisiones*, 2000-VII, apartado 145).

En su interesante Sentencia de 5 de abril de 2006, el TPI sostiene que la consideración de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros no aboca a una interpretación diferente del principio de legalidad de las penas, que es un principio general del Derecho comunitario. En cuanto a la validez del artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 a la luz del principio de legalidad de las penas, tal y como éste ha sido reconocido por el juez comunitario conforme a las indicaciones proporcionadas por el CEDH y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, "procede afirmar que, en contra de lo alegado por la demandante, la Comisión no dispone de un margen de apreciación ilimitado para fijar las multas por la infracción de las normas de la competencia. En efecto, el artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 constituye en sí mismo un límite a la facultad de apreciación de la Comisión. Por una parte, al precisar que "la Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de (1.000 euros) a un máximo de (1 millón de euros), pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción", establece un límite máximo a las multas en función del volumen de negocios de las empresas afectadas, es decir, en función de un criterio objetivo. Así pues, como indica la demandante, si bien no existe un límite absoluto aplicable a todas las infracciones a las normas de la competencia, la multa que puede imponerse está sujeta no obstante a un límite cuantificable y absoluto, calculado en función de cada empresa, para cada infracción, de modo que puede establecerse de antemano el importe máximo de la multa que puede imponerse a una empresa determinada. Por otra parte, esta disposición obliga a la Comisión a fijar las multas en cada caso concreto tomando "en consideración,

además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta". Si bien es cierto que estos dos criterios dejan a la Comisión un amplio margen de apreciación, no lo es menos que se trata de criterios mantenidos por otros legisladores en relación con disposiciones similares, que permiten a la Comisión adoptar sanciones teniendo en cuenta el grado de ilegalidad del comportamiento en cuestión. Por lo tanto, llegados a este punto, procede considerar que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17, a la vez que deja a la Comisión un determinado margen de apreciación, define los criterios y los límites a que ésta se halla sujeta en el ejercicio de su facultad en materia de multas (FJ 76º).

Asimismo, el TPI observa que, a la hora de fijar las multas con arreglo al artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17, la Comisión está obligada a respetar los principios generales del Derecho, en particular los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, tal y como han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.

Así pues, razona el TPI, "a la vista de los diferentes elementos que se acaban de exponer, un operador avisado puede, recurriendo si fuera preciso a asesoría jurídica, prever de modo suficientemente preciso el método y la envergadura de las multas a que se expone por actuar de un modo determinado. El hecho de que este operador no pueda conocer de antemano con precisión el nivel de las multas que la Comisión impondrá en cada caso no constituye una vulneración del principio de legalidad de las penas, teniendo en cuenta que, dada la gravedad de las infracciones que la Comisión ha de sancionar, los objetivos represivos y disuasivos justifican que se evite que las empresas puedan evaluar los beneficios que les reportaría su participación en una infracción teniendo en cuenta de antemano el importe de la multa que les sería impuesta como consecuencia de este comportamiento ilícito" (STPI de 5 de abril de 2006, FJ 83º).

3. FUENTES

A destacar un único pronunciamiento del TJCE en el período de referencia a que se circunscribe este número de la *Revista Justicia Administrativa*.

Nos referimos a la **STJCE de 27 de abril de 2006,** *Levi Strauss&Co c. Casucci SpA*, As. C-145/05. En dicha resolución se resalta la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y de hacerlo de modo que los sujetos afectados puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se subscribe este número de la revista *Justicia Administrativa* no ha habido muchas sentencias recaídas en recursos de anulación y omisión que tengan

una gran importancia. A pesar de esto, se mantiene el número siempre creciente de las sentencias que enjuician recursos de anulación y, entre ellas, debemos reseñar las siguientes sentencias. En primer lugar STPI de 5 de abril de 2006, Sala Tercera, en la cual el Tribunal de Primera Instancia determinó que la necesidad de garantizar un efecto disuasivo suficiente a una multa no justifica que se eleve el nivel general de las multas en el marco de la aplicación de la política de competencia pues se debe modular el importe de la multa para tener en cuenta el impacto buscado sobre la empresa a la que ésta se impone, con el fin de que dicha multa no resulte insignificante o, por el contrario, excesiva, especialmente en relación con la capacidad económica de la empresa en cuestión, de acuerdo con los requisitos basados, por una parte, en la necesidad de garantizar la eficacia de la multa y, por otra parte, en el respeto del principio de proporcionalidad. No obstante, como declaró el TPI en el fundamento jurídico tricentésimo sexagésimo primero de esta sentencia "la mera adopción por parte de una empresa de un programa de sometimiento a las normas de la competencia no constituye una garantía válida y fiable de que ésta vaya a respetar dichas normas en el futuro de modo duradero, de modo que un programa de este tipo no puede forzar a la Comisión a reducir la multa aduciendo que el objetivo de prevención que esta pena persigue se ha alcanzado ya, al menos parcialmente". Otra sentencia importante que debemos recordar es la STPI de 5 de abril de 2006, Sala Primera ampliada, en la que el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia reiterada relativa a que la forma que adopte un acto o una decisión es irrelevante respecto de la posibilidad de impugnar dicho acto o decisión y sostuvo, en el fundamento jurídico quincuagésimo séptimo de su sentencia, que "en cuanto al hecho de que el escrito no fuese publicado basta señalar que no es necesario que un acto se publique para ser objeto de un recurso de anulación". En su anterior Sentencia de 19 de enero de 2006, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) recordó que el juez comunitario que conoce del recurso de anulación no puede pronunciarse *extra petita*, de tal forma que la anulación que se declare no puede ir más allá de la solicitada por el demandante. Por su parte, en la Sentencia de 30 de marzo de 2006, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) inadmitió la pretensión de anulación presentada por el Reino de España frente al Consejo y la Comisión de los artículos 3, 4 y 6 del Reglamento (CE) núm. 1954/2003, sobre la gestión del esfuerzo pesquero en lo que respecta a determinadas zonas y recursos pesqueros comunitarios, pues las disposiciones impugnadas eran inseparables del resto del reglamento impugnado (la jurisprudencia constante determina que la anulación parcial de un acto comunitario solamente es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita puedan separarse del resto del acto comunitario). Una sentencia importante es la STJ de 10 de enero de 2006, Sala Segunda, pues si bien declaró la nulidad del Reglamento (CE) núm. 304/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos, no obstante, para *evitar todo atisbo de inseguridad jurídica* sobre el régimen aplicable a los intercambios de estos productos como consecuencia de la anulación del reglamento impugnado, procedió a mantener los efectos de este reglamento hasta que se adopte un nuevo reglamento con unas bases jurídicas apropiadas.

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

A lo largo del total de cincuenta y siete sentencias prejudiciales dictadas en estos meses, el Tribunal de Justicia ha enfrentado tópicos de sobra conocidos por todos, pero también otros que no lo son tanto. Fallos prejudiciales que podríamos calificar de "atípicos" y que, precisamente por esta razón, son merecedores de una atención preferente. A ellos vamos a dedicar las páginas que siguen, comenzando por los que integran el contenido de la **STJUE de 23 de febrero de 2006, *Atzeni y Otros*, As. Ac., C-346/03 y C-529/03**.

En esta Sentencia, el Tribunal de Justicia aborda el argumento de las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial, cuando aquéllas son formuladas por las partes.

Conviene recordar a este respecto que, en lo que concierne a la reapertura de la fase oral del procedimiento, es ésta una posibilidad procesal cuyo ejercicio es discrecional y que, en su caso, únicamente corresponde actuar al Tribunal de Justicia. Dicha potestad se halla expresamente recogida en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal y, en su virtud, la Corte comunitaria (oído el Abogado General) podrá ordenar la reapertura de la fase oral del procedimiento.

Así pues, y en lo que aquí nos interesa, debe quedar perfectamente claro que, la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial formulada por las partes, tienen un mero carácter facultativo. En otras palabras, es únicamente el Tribunal de Justicia quien, oído el Abogado General y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, decidirá acerca de su admisión o denegación.

En relación con este tema, es preciso no olvidar tampoco, que el Tribunal de Justicia se ha mostrado poco dispuesto a aceptar este tipo de peticiones. En efecto, basta un somero repaso de la jurisprudencia del Tribunal en torno a esta cuestión para darnos cuenta de que la Corte comunitaria rechaza sistemáticamente este tipo de peticiones. Así ocurre también en el caso que ahora nos ocupa, donde la Corte comunitaria declara lo siguiente:

> "25. Mediante escrito de 19 de septiembre de 2005, Atzeni y otros, así como Scalas y Lilliu solicitaron al Tribunal de Justicia que, con arreglo al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, ordenase la reapertura de la fase oral. Como fundamento de su solicitud adujeron la complejidad del litigio principal y su desacuerdo con las conclusiones del Abogado General.

> 26. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o también a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (…).
>
> 27. En el presente caso, Atzeni y otros y Scalas y Lilliu no han invocado ningún motivo que justifique la reapertura de la fase oral y el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, considera que dispone de toda la información necesaria para contestar a las cuestiones planteadas. Por consiguiente, procede desestimar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento."

En otras palabras, atendiendo al contenido de esta sentencia concreta, así como al de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a este tema, puede afirmarse que éstas, en general, las peticiones de reapertura de la fase oral de procedimiento prejudicial formuladas por las partes tienen pocas posibilidades de éxito.

Continuando con los pronunciamientos prejudiciales de contenido ciertamente "atípico", debemos glosar aquí las **SSTJUE de 23 de febrero de 2006, *Van Hilten Van der Heijden*, As. C-513/03**; y **de 9 de marzo de 2006, *Matratzen Concord*, As. C-421/04**, ésta última resultado de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

En ambas sentencias, el Tribunal de Justicia, para poder ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional de remisión, va a tener en cuenta normas y preceptos de Derecho Comunitario no invocados por el juez nacional, algo que no es en modo alguno habitual.

Vaya por delante que, planteada una cuestión prejudicial por el juez nacional y verificada la concurrencia de los requisitos que determinan la admisibilidad de la misma, el Tribunal de Justicia dispone de un margen de maniobra bastante amplio para reconducir la cuestión planteada, tanto en el plano formal como sustantivo.

De hecho, los propios caracteres y la finalidad última del procedimiento prejudicial así lo quieren. De un lado, la ausencia de formalismos innecesarios en la tramitación prejudicial constituye una de sus singularidades más señaladas. De otro, no debe olvidarse que el objeto principal de este procedimiento es el de facilitar al "juez nacional" una respuesta útil.

De todo lo anterior se induce que, hasta cierto punto, está plenamente justificado que el Tribunal de Justicia pueda "manipular" algunos extremos de la cuestión prejudicial planteada. Así por ejemplo, la Corte europea está facultada para reformular la pregunta, replantearla y –en lo que aquí nos ocupa– tomar en consideración normas y preceptos comunitarios, no invocados por el órgano jurisdiccional remitente o por las partes.

Así ocurre en el caso de las últimas sentencias citadas. En la primera de ellas (STJUE de 23 de febrero de 2006, *Van Hilten Van der Heijden*, As. C-513/03), la Curia comunitaria declara que:

> "24. Mediante sus cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 73.C), apartado 1, del Tratado o del artículo 73.D), apartado 3, del Tratado.
>
> 25. En cualquier caso, antes de examinar las citadas disposiciones del Tratado CE, es necesario establecer, como se desprende de la propia resolución de remisión y se señala en todas las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia en el presente asunto, si tal normativa constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 73.B) del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE).
>
> 26. En este sentido, según reiterada jurisprudencia, para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en sus cuestiones prejudiciales (…).
>
> 27. En consecuencia, es preciso analizar si el artículo 73.B) del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual la sucesión de un nacional de ese Estado miembro, fallecido dentro de los diez años posteriores al traslado de su domicilio de dicho Estado miembro al extranjero, está sujeta a tributación como si el causante hubiera continuado residiendo en ese mismo Estado miembro, sin perjuicio de la posibilidad de deducir las cuotas del impuesto sobre sucesiones recaudadas por otros Estados."

En cuanto a la segunda (STJUE de 9 de marzo de 2006, *Matratzen Concord*, As. C-421/04), el Tribunal de Justicia se expresa y razona en términos muy parecidos:

> "17. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita esencialmente que se dilucide si los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen al registro en un Estado miembro, como marca nacional, de un vocablo tomado de la lengua de otro Estado miembro, en la que carece de carácter distintivo o es descriptivo de los productos o servicios para los que se solicita el registro.
>
> 18. Con carácter preliminar, debe recordarse que, 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 este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado. Desde este punto de vista, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión (…)".

En resumen, el Tribunal de Justicia dispone de un margen de discrecionalidad bastante amplio para obrar sobre las cuestiones prejudiciales una vez éstas han sido planteadas,

siempre y cuando con ello se facilite una respuesta útil al órgano remitente. De esta suerte, la Corte europea está facultada para reformular la repregunta, replantearla e, incluso, tomar en consideración preceptos y normas de Derecho Comunitario no invocados por el juez nacional.

Siguiendo con el examen de aquellos pronunciamientos prejudiciales que abordan temáticas poco frecuentes, merece la pena comentar la **STJUE de 30 de marzo de 2006, *Uuden Kaupurgin Kaupunti*, As. C-184/04.**

Al hilo del examen y respuesta a la cuestión aquí suscitada, el Tribunal de Justicia tiene oportunidad de pronunciarse sobre una temática ciertamente inusual: la del elemento temporal de las sentencias prejudiciales. Esto es, los efectos temporales de los fallos prejudiciales y la posible limitación del carácter retroactivo de las sentencias.

Es conocido por todos, que las sentencias prejudiciales tienen efecto de cosa juzgada y que la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, hace el Tribunal de Justicia lo es tomado como referencia el momento de la entrada en vigor del precepto o preceptos controvertidos. Así pues, las sentencias prejudiciales poseen, en principio, un innegable efecto retroactivo.

No obstante lo anterior, la Corte comunitaria, excepcionalmente y en virtud de la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, puede limitar los efectos de las sentencias prejudiciales a un momento inmediatamente posterior al dictado de la misma. Para ello, el Tribunal de Justicia exige que concurran dos requisitos básicos: buena fe de los interesados y riesgo de trastornos graves.

Pues bien, a este espinoso argumento se enfrenta la Curia comunitaria, resolviéndolo en los siguientes términos:

> "52. El Gobierno finlandés ha solicitado al Tribunal de Justicia que, de no acoger su alegación, limite los efectos en el tiempo de la presente sentencia al período posterior a su pronunciamiento.
>
> 53. Conforme a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, haga el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario aclara y precisa, cuando sea necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que haya sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (…).

54. Con arreglo asimismo a una reiterada jurisprudencia, los particulares están facultados para lograr la devolución de los impuestos recaudados contraviniendo las normas del Derecho comunitario (…).

55. Tan sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, en cumplimiento del principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, limitar la posibilidad de que los interesados aleguen una disposición que el Tribunal de Justicia haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para que pueda decidirse una limitación semejante, es preciso que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (…).

56. En el presente caso, debe observarse que, según ha señalado con razón la Abogado General en el punto 87 de sus conclusiones, el Gobierno finlandés ha invocado tan sólo las dificultades prácticas que le supondría el hecho de que no se limitaran temporalmente los efectos de la presente sentencia.

57. Por otra parte, procede destacar en el presente contexto que el referido Gobierno ha indicado que alegó la excepción prevista en el artículo 20, apartado 5, de la Sexta Directiva. Pues bien, la aplicabilidad de esta disposición está supeditada, según su propio tenor, al requisito de que la aplicación del sistema de regularización de las deducciones arroje un 'resultado insignificante'. Con independencia de la cuestión de si se han formulado las consultas previstas en el artículo 29 de la Sexta Directiva, debe observarse que la propia invocación del artículo 20, apartado 5, de la referida Directiva por el Gobierno finlandés tiene entidad suficiente como para hacer dudar de la gravedad de las repercusiones que podrían resultar de la aplicación retroactiva del sistema de regularización de las deducciones.

58. Puede señalarse, además, según se ha expuesto ya en el apartado 26 de la presente sentencia, que el artículo 20, apartado 2, de la Sexta Directiva, referente a la regularización de las deducciones de que se trata, se halla redactado en términos que no dejan lugar a dudas acerca de su carácter obligatorio. En consecuencia, procede desestimar la alegación del Gobierno finlandés según la cual las disposiciones pertinentes de la Sexta Directiva son oscuras y generan incertidumbres en cuanto a su aplicación.

59. Por consiguiente, no procede limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia."

En suma, las sentencias prejudiciales retrotraen sus efectos al momento de la entrada en vigor de la norma o precepto interpretado, salvo supuestos excepcionales. Casos en los que será necesario que concurran dos requerimientos justificativos básicos: buena fe de las partes interesadas y riesgo de trastornos graves.

Pero prosigamos con el análisis de las sentencias prejudiciales que tratan asuntos desacostumbrados. La **STJUE de 30 de marzo de 2006, *Emanuel*, As. C-259/04** y, a su través el Tribunal de Justicia, enfrenta un argumento cuando menos insólito: ¿se pueden presentar observaciones-alegaciones a las conclusiones del Abogado General?

No son frecuentes los casos en los que, una vez presentadas las Conclusiones del Abogado General, las partes formulan observaciones a las mismas. Es más, es ésta una situación tan poco habitual, que la legislación aplicable (Tratados y Reglamentos de procedimiento) guardan absoluto silencio al respecto.

En este escenario, colmo de dudas e inseguridades, la Corte comunitaria resuelve la incógnita suscitada argumentando por analogía. Así es, puesto que nada se dice en la normativa aplicable acerca de esta cuestión, el Tribunal de Justicia equipara las observaciones-alegaciones presentadas por las partes a las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento, identidad de la que resulta lo siguiente:

> "14. Mediante escrito de 22 de febrero de 2006, la Sra. Emanuel presentó unas observaciones sobre las conclusiones del Abogado General. Se refirió a errores que, a su juicio, cometió el Abogado General en la interpretación, por una parte, de los artículos 3 y 12 de la Directiva 89/104 y, por otra, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en algunos asuntos anteriores.
>
> 15. Dado que el Estatuto del Tribunal de Justicia y su Reglamento de Procedimiento no prevén la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General (…), no pueden acogerse las observaciones de la Sra. Emanuel.
>
> 16. No obstante, el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o también a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (…).
>
> 17. En el caso de autos, el Tribunal de Justicia considera que ya dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas. Por consiguiente, no procede acordar la reapertura de la fase oral."

En definitiva, el Tribunal de Justicia no admite que las partes, frente a las Conclusiones del Abogado General, planteen observaciones-alegaciones. En tales casos, las mencionadas alegaciones-observaciones serán tratadas como peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento y, en consecuencia y en su mayor parte, serán rechazadas. La Corte comunitaria completa así, lo que las normas sobre procedimiento no resuelven.

El penúltimo de los pronunciamientos prejudiciales que, a nuestro juicio, merecen ser destacados, por enfrentar un argumento infrecuente en el ámbito prejudicial, es el contenido en la **STJUE de 11 de mayo de 2006, *Friesland Coberco Dairy Foods*, As. C-11/05**. Se interroga al Tribunal de Justicia en este caso, acerca de la interpretación que se debe hacer de ciertos contenidos incluidos en las conclusiones elaboradas por un comité comunitario (en concreto, por el Comité del Código Aduanero).

La respuesta a esta cuestión plantea, con carácter previo, la duda de si, las conclusiones de un Comité comunitario, son susceptibles de interpretación de acuerdo al procedimiento prejudicial previsto en el artículo 234 del TCE. En relación a esta incógnita previa, el Tribunal comunitario responde lo siguiente:

> "34. Mediante su tercera cuestión, que es preciso examinar a continuación, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las conclusiones del Comité emitidas en virtud del artículo 133, letra e), del Código aduanero pueden ser objeto de un examen de validez en el marco del artículo 234 CE. En el caso de que el Tribunal de Justicia se considere competente para proceder a tal examen, el órgano jurisdiccional remitente le pregunta, mediante su cuarta cuestión, sobre la validez de las conclusiones del Comité de que se trata en el litigio principal, tanto respecto a su motivación como en relación con los argumentos económicos alegados en ellas.
>
> 35. El artículo 234 CE dispone que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado CE y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo.
>
> 36. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta disposición atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna (...).
>
> 37. A este respecto, es preciso observar que ya no es objeto de controversia que las conclusiones del Comité no pueden imputarse a la Comisión. Toda vez que la Comisión y los Estados miembros pueden y, en ocasiones, deben consultar al Comité en el marco del examen de una solicitud de autorización de transformación bajo control aduanero, no cabe considerar que las conclusiones de dicho Comité constituyan actos adoptados por las instituciones en el sentido de dicha jurisprudencia. Esta conclusión se desprende asimismo del objetivo perseguido por la creación del Comité, que pretende simplemente garantizar una colaboración estrecha y eficaz entre los Estados miembros y la Comisión en el ámbito regulado en el Código aduanero.
>
> 38. En cuanto a la naturaleza jurídica de las conclusiones del Comité, es preciso recordar, en primer lugar, como se desprende de los apartados 26 a 33 de la presente sentencia, que aquéllas no tienen carácter vinculante para las autoridades aduaneras nacionales que se pronuncian sobre una solicitud de autorización de transformación bajo control aduanero.
>
> 39. Esta interpretación queda confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a otros tipos de dictámenes de naturaleza similar como, en concreto, los dictámenes del Comité de la nomenclatura del arancel aduanero común creado por el Reglamento (CEE) núm. 97/69 del Consejo, de 16 de enero de 1969, relativo a las medidas que se deben adoptar para la aplicación uniforme de la nomenclatura del arancel aduanero común (DO L 14, p. 1). Por lo que respecta a las conclusiones del Comité, es preciso señalar que si bien éstas constituyen medios importantes para garantizar una aplicación

> uniforme del Código aduanero por las autoridades aduaneras de los Estados miembros y pueden considerarse, en cuanto tales, elementos válidos para la interpretación de dicho Código, carecen de fuerza vinculante (…).
>
> 40. Puesto que el Comité se creó para garantizar una colaboración estrecha y eficaz entre los Estados miembros y la Comisión en el ámbito regulado en el Código aduanero, las autoridades aduaneras de los Estados miembros únicamente están obligadas a tener en cuenta sus conclusiones, pero no a seguirlas cuando adoptan la decisión final. Es esta última decisión la que, en su caso, debe ser objeto de control jurisdiccional por el juez nacional.
>
> 41. Por consiguiente, es preciso responder a la tercera cuestión que las conclusiones del Comité emitidas con arreglo al artículo 133, letra e), del Código aduanero no pueden ser objeto de un examen de validez en el marco del artículo 234 CE.
>
> 42. Habida cuenta de la respuesta dada a la tercera cuestión, no procede responder a la cuarta cuestión."

En conclusión, cualquier acto adoptado por una institución comunitaria, u órgano de ellas dependiente, puede ser objeto de pronunciamiento prejudicial. Ahora bien, en el caso de los comités comunitarios será preciso determinar, caso por caso, tanto la naturaleza del Comité en cuestión como la de la resolución objeto de interpretación. Sólo una vez superado este "trámite" podrá decidirse con criterio acerca de la posibilidad, o no, de la utilización del procedimiento prejudicial.

Pone punto y final a estos pronunciamientos de contenido "atípico", la **STJUE de 9 de marzo de 2006, Van Esbrock, As. C-436/04**.

Debe quedar claro que, sustantivamente, se trata de una sentencia prejudicial que poco o nada añade a lo ya dicho con anterioridad. Pero el mero hecho de tratarse de una de las pocas sentencias prejudiciales que toman como base el artículo 35 del TUE (cooperación policial y judicial en materia penal), hace que este pronunciamiento merezca ser, al menos, reseñado.

Dos últimas precisiones antes de terminar.

La primera, que el Tribunal de Justicia no sólo ha enfrentado contenidos originales y novedosos, sino también argumentos "típicos" –por oposición a los anteriores–, y de los que ya hemos dado buena cuenta en anteriores números de esta Revista. Nos estamos refiriendo a contenidos tales como: los motivos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, las circunstancias que conllevan la incompetencia del Tribunal o el concepto de órgano jurisdiccional a los solos efectos de la interposición de la cuestión prejudicial. En este grupo se inscribirían, respectivamente, las **SSTJUE de 6 de marzo de 2006, *Enirisorse*, As. C-237/04**; la ya comentada, **de 30 de marzo de 2006, *Emanuel*, As. C-259/04**, y la de **27 de abril de 2006, *Familiensache: Standesant Stadt Niebüll*, As. 96/04**. En relación con estas

sentencias, baste decir que ninguna de ellas se aparta mínimamente de la que es reiterada jurisprudencia del Tribunal sobre estos temas. Por consiguiente, resultaría ocioso hacer comentario alguno al respecto.

La segunda, que las cuestiones prejudiciales "de validez" (esto es, aquéllas en las que se interroga al Tribunal de Justicia acerca de la eficacia de un concreto precepto o preceptos comunitarios) han sido banales en número (cuatro) y contenido. Pues, en todas ellas y como ya nos tiene acostumbrados el Tribunal de Justicia, se termina afirmando que su examen no revela elemento alguno que pueda afectar a la validez del precepto, o preceptos, discutidos. A esta última categoría de pronunciamientos prejudiciales, pertenecen las **SSTJUE de 9 de marzo, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie y Stichting Natuur en Milieu*, As. 174/05; de 23 de marzo de 2006, *Unitymark y Otros*, As. C-535/03**, y **de 27 de abril de 2006, *Kawasaki Motors Europe*, As. C-15/05**.

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias dictadas en este período alude, directa o indirectamente, a esta temática. En consecuencia, nada cabe decir a este respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

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

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

En el período objeto de análisis (del 15 de febrero al 15 de mayo de 2006) se han dictado dos Sentencias por parte del Tribunal en esta materia. La primera de ellas la **STJCE (Sala Tercera), de 23 de febrero de 2006, A-Punkt Schmuckhandel, As. C-441/04**. La sentencia surge del litigio entre la sociedad A-Punkt y un particular, dirigido a conseguir que dicho particular cesase en su actividad de venta de joyas de plata a domicilio. Es preciso señalar que la legislación nacional, el Código austriaco de 1994 por el que se regulan las profesiones artesanales, comerciantes e industriales, prohíbe la venta y la recogida de pedidos a domicilio de determinadas mercancías, en particular, joyas de plata.

Existe también normativa comunitaria al respecto: la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE L 372, p. 31) tiene por finalidad armonizar parcialmente las normas en materia de protección de los consumidores respecto de determinados métodos de comercialización, entre los que se encuentran las ventas celebradas en el contexto de una visita realizada a un particular por un comerciante.

Según la jurisprudencia del TJCE, los Estados pueden establecer o mantener una prohibición, total o parcial, de celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales (SS. de 16 de mayo de 1989, Buet y EBS, 382/87, y de 14 de marzo de 1991, Di Pinto, C-361/89). Esta facultad debe ejercerse respetando el principio fundamental de la libre circulación de mercancías, que halla su expresión en la prohibición del artículo 28 TCE, de las restricciones cuantitativas a la importación y de toda medida de efecto equivalente entre los Estados miembros (STJCE de 25 de marzo de 2004, Karner, C-71/02[1]).

El TJCE también se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el artículo 28 TCE de diversas disposiciones nacionales que regulan los métodos de comercialización (STJCE de 26 de mayo de 2005, Burmanjer y otros, C-20/03[2]). Toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas y, por ello, está prohibida por dicho artículo (SS. de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74; de 19 de junio de 2003, Comisión/Italia, C-420/01[3], y Karner, ya citada). No obstante, en la Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91), el Tribunal precisó que las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no obstaculizan el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville siempre que dichas disposiciones, por una parte, se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y por otra, que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de

(1) Sentencia comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 57 y 66.

(2) Sentencia comentada en el número 29 de esta Revista (octubre de 2005), págs. 94-95.

(3) Sentencia comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 67-68; y en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 64.

otros Estados miembros (SS. de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst, C-254/98[4]; y de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01[5]). Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha calificado de disposiciones que regulan las modalidades de venta, las disposiciones relativas a determinados métodos de comercialización (véanse, en particular, las Sentencias de 2 junio de 1994, Tankstation 't Heukske y Boermans, C-401/92 y C-402/92).

Una disposición nacional como la discutida en el asunto principal puede restringir el volumen total de ventas de los productos objeto de litigio en el Estado miembro afectado y puede, por consiguiente, afectar al volumen de las ventas de esos productos procedentes de otros Estados miembros. Sin embargo, tal constatación no basta para calificar a la disposición de que se trata de medida de efecto equivalente (S. de 20 de junio de 1996, Semeraro Casa Uno y otros, C-418/93).

Por todo ello, la normativa austriaca es conforme con el derecho comunitario. Los artículos 28 y 30 TCE no se oponen a una disposición nacional por la que un Estado miembro prohíbe la venta y la recogida de pedidos de joyas de plata a domicilio cuando esta disposición se aplica a todos los operadores implicados, siempre que afecte de la misma forma, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otras Estados miembros. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto principal, la aplicación de la disposición nacional puede impedir el acceso al mercado de productos procedentes de otros Estados miembros o dificultar este acceso más de lo que dificulta el acceso al mercado de los productos nacionales y, si éste es el caso, verificar si la medida en cuestión se justifica por un objetivo de interés general en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confiere a este concepto o por uno de los objetivos enumerados en el artículo 30 TCE, y si dicha medida es proporcionada a este objetivo.

En segundo lugar, **la STJCE (Sala Primera) de 9 de marzo de 2006, Matratzan Concord, As. C-421/04**, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, dentro de un litigio entre dos empresas: "Matratzen Concord" y "Hukla", en relación con la validez de una marca nacional. En el supuesto de hecho enjuiciado Hukla es titular de la marca denominativa nacional Matratzen (denominación que coincide con el otro litigante), registrada en España el 1 de mayo de 1994 para designar a una serie de muebles de descanso. La empresa Matratzen Concord interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona un recurso de anulación de la marca nacional Matratzen, fundamentado en el artículo 11.1, letras a), e) y f), de la Ley española 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1988). Alegaba esencialmente que, habida cuenta de que la palabra "Matratzen" significa "colchones" en alemán, el denominativo que integra la marca controvertida es genérico y puede inducir a error a los consumidores acerca de la naturaleza, la calidad, las características o la procedencia geográfica de los productos que trata de distinguir.

(4) Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 73.

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

La Audiencia Provincial de Barcelona alberga dudas acerca de la conformidad de esta interpretación con el concepto de "mercado único". Considera que debe garantizarse la disponibilidad de las denominaciones genéricas expresadas en las lenguas de los Estados miembros para que cualquier empresa establecida en ellos pueda utilizarlas. Su registro como marca en un Estado miembro daría lugar a situaciones monopolísticas, que deberían ser rechazadas en aras del normal juego del mercado, y podría representar una quiebra del principio establecido en el artículo 28 TCE, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros.

Para el TJCE, una medida nacional adoptada en un ámbito que ha sido objeto de una armonización exhaustiva a escala comunitaria debe apreciarse a la luz de las disposiciones de esta medida de armonización y no de las del Derecho primario (véanse las SS. de 20 de marzo de 1997, Phytheron International, C-352/95; de 13 de diciembre de 2001, Daimler Chrysler, C-324/99, y de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match, C-210/03[6]).

La Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOCE 1989, L 40), prevé, en su séptimo considerando, que "la realización de los objetivos perseguidos por la aproximación supone que la adquisición y la conservación de un derecho sobre la marca registrada estén en principio sujetas, en todos los Estados miembros, a las mismas condiciones" y que "las causas de denegación o nulidad relativas a la propia marca (…) deben ser enumeradas de manera taxativa". Dicha Directiva no incluye ninguna causa de denegación que se refiera específicamente a las marcas constituidas por un vocablo tomado de la lengua de un Estado miembro que no sea el de registro, en la que carezca de carácter distintivo o sea descriptivo de los productos o servicios para los que se solicita el registro. Además, una marca de este tipo no está necesariamente incluida en las causas de denegación del registro basadas en la falta de carácter distintivo o en el carácter descriptivo de la marca, a las que se refieren, respectivamente, las letras b) y c) del artículo 3.1 de la Directiva.

Para apreciar si una marca nacional carece de carácter distintivo o es descriptiva de los productos o servicios para los que se solicita su registro, hay que tener en cuenta la percepción de los sectores interesados, es decir, la que impera en el comercio o la que tiene el consumidor medio de dichos productos o servicios, al que se supone normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, en el territorio para el cual se solicita el registro (SS. de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 y C-109/97, y de 12 de febrero de 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, y Henkel, C-218/01[7]).

Por tal motivo, la Directiva no se opone al registro en un Estado miembro, como marca nacional, de un vocablo tomado de la lengua de otro Estado miembro, en la que carece

(6) Sentencia comentada en el número 27 de esta Revista (abril de 2005), pág. 88. Comentada también en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 42.

(7) Comentada en el número 23 de esta Revista (abril de 2004), pág. 84.

de carácter distintivo o es descriptivo de los productos o servicios para los que se solicita el registro, a menos que los sectores interesados del Estado miembro en el que se solicita el registro puedan identificar el significado de dicho vocablo, siendo esta interpretación de la Directiva conforme con las disposiciones de los artículos 28 y 30 TCE.

En efecto, es jurisprudencia reiterada que, en el marco de la aplicación del principio de libre circulación de mercancías, el TCE no afecta a la existencia de derechos reconocidos por la legislación de un Estado miembro en materia de propiedad intelectual, sino que, según las circunstancias, sólo limita el ejercicio de estos derechos (SS. de 22 de junio de 1976, Terrapin, 119/75, y de 22 de enero de 1981, Dansk Supermarked, 58/80). En aplicación de esta jurisprudencia, el TJCE declaró que el principio de libre circulación de mercancías no prohíbe a un Estado miembro registrar como marca nacional un signo que, en la lengua de otro Estado miembro, es descriptivo de los productos o servicios de que se trate. Esta apreciación se impone también en el caso de que el signo en cuestión carezca, en la lengua de un Estado miembro que no sea el de registro, de carácter distintivo en relación con los productos o servicios comprendidos en la solicitud de registro.

Por todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, no se opone al registro en un Estado miembro, como marca nacional, de un vocablo tomado de la lengua de otro Estado miembro, en la que carece de carácter distintivo o es descriptivo de los productos o servicios para los que se solicita el registro, a menos que los sectores interesados del Estado miembro en el que se solicita el registro puedan identificar el significado de dicho vocablo.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

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

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

En el período analizado (del 15 de febrero al 15 de mayo de 2006) no se han dictado sentencias en esta materia.

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 art. 52)	Artículo III-22 CEU
Artículo 44 TCE (ex art. 54)	Artículo III-23 CEU
Artículo 45 TCE (ex art. 55)	Artículo III-24 CEU
Artículo 46 TCE (ex art. 56)	Artículo III-25 CEU
Artículo 47 TCE (ex art. 57)	Artículo III-26 CEU
Artículo 48 TCE (ex art. 58)	Artículo III-27 CEU
Novedad de la CEU	Artículo III-28 CEU

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

La primera de ellas es la **STJCE (Gran Sala) de 21 de febrero de 2006, Ritter-Coulais, As. C-152/03**, se analiza la tributación del impuesto sobre la renta. El supuesto de hecho es el siguiente: Los cónyuges Ritter-Coulais tributaron en Alemania como personas físicas sujetas al impuesto sobre la renta de las personas físicas). Ambos obtuvieron rendimientos del trabajo por cuenta ajena como profesores en un instituto, pero residían en una vivienda unifamiliar de su propiedad situada en Francia. En esa fecha, el Sr. Ritter-Coulais tenía la nacionalidad alemana y la Sra. Ritter-Coulais poseía la doble nacionalidad francesa y alemana.

De acuerdo con el Convenio de 1959 entre Francia y Alemania para evitar la doble imposición, dichos "rendimientos negativos" son rendimientos procedentes de la explotación de bienes inmuebles que sólo tributarán en el Estado donde radiquen, a saber, en el asunto que es objeto del litigio principal, en Francia.

La libertad de establecimiento, según jurisprudencia reiterada, comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio (Sentencia de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02[8]). Todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro, está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 TCE (SS. de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00[9]; y de 13 de noviembre de 2003, Schilling y Fleck-Schilling, C-209/01[10]). Además, es jurisprudencia reiterada que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro (SS. de 26 de enero de 1999, Terhoeve, C-18/95[11]; de 15 de junio de 2000, Sehrer, C-302/98[12]).

Las personas, como los cónyuges Ritter-Coulais, que trabajaban en Alemania y residían en la vivienda de su propiedad situada en otro Estado miembro no podían solicitar, a falta de rendimientos positivos, que se tuviesen en cuenta, a efectos de la determinación del tipo impositivo aplicable a sus ingresos, los rendimientos negativos derivados de la explotación de su vivienda, a diferencia de las personas que trabajaban y residían en su propia vivienda en Alemania. Aunque la normativa nacional en cuestión no está dirigida directamente a los no residentes, éstos son propietarios de una vivienda situada fuera del territorio alemán con mayor frecuencia que los residentes. De esto se desprende que el trato que dispensa la normativa nacional a los trabajadores no residentes es menos beneficioso que el que se aplica a los trabajadores que residen en Alemania en viviendas propias.

Para el Tribunal, el artículo 48 TCE (actual artículo 39) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal (la Ley del impuesto de la renta alemana), que no permite que las personas físicas que perciben rendimientos del trabajo por cuenta ajena en un Estado miembro en el cual están sujetos al impuesto sobre la renta por obligación personal, soliciten que se tengan en cuenta, a los efectos de la determinación del tipo impositivo aplicable a dichos ingresos en ese Estado, los rendimientos negativos por arrendamientos derivados de la utilización personal, para su uso propio, de su vivienda situada en otro Estado miembro, pese a que

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

(9) Comentada en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99. Comentada también en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 69.

(10) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 69.

(11) Comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 57.

(12) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), pág. 68. Comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 57.

sí se tienen en cuenta los rendimientos positivos por arrendamientos correspondientes a una vivienda de tales características.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA, As. C-253/03**, enjuicia una diferencia de tributación de la filial de una empresa que opera en otro Estado miembro.

El supuesto de hecho es aparentemente sencillo: La sociedad CLT-UFA tiene su domicilio social y dirección en Luxemburgo. Era propietaria en 1994 de una sucursal en Alemania. El Servicio tributario alemán fijó la base imponible del impuesto sobre sociedades de CLT-UFA en el 42 %. La empresa CLT-UFA presentó una reclamación e interpuso un recurso ante el Servicio de tributos por estimar que dicho tipo impositivo era discriminatorio y vulneraba el derecho a la libertad de establecimiento que le confiere el artículo 52, en relación con el artículo 58 TCE, solicitando que se redujera el tipo impositivo al 30 %. El Tribunal alemán tiene dudas sobre la justificación de aplicar tipos impositivos diferentes en detrimento de CLT-UFA. En caso de que el tipo impositivo que se aplica a las sucursales, del 42 %, infrinja el Tratado, el Tribunal alemán solicita que el TJCE precise qué tipo debe aplicarse con el fin de eliminar dicha infracción.

El artículo 52 TCE es una disposición fundamental del Derecho comunitario, directamente aplicable en los Estados miembros (STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97[13]). 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. La supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento se extiende a las restricciones a la creación de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro (STJCE de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97[14]).

Dado que el artículo 52.1 TCE deja expresamente a los agentes económicos la posibilidad de escoger libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro, esta libre elección no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias. La libertad de escoger la forma jurídica apropiada para el ejercicio de actividades en otro Estado miembro tiene así por objeto, especialmente, permitir a las sociedades domiciliadas en un Estado miembro abrir una sucursal en otro Estado miembro para ejercer en éste sus actividades en las mismas condiciones que las que se aplican a las filiales.

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

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

El tipo impositivo definitivo del 42 % aplicable a los beneficios de las sucursales de las sociedades matrices domiciliadas en otro Estado miembro constituye, de manera general, un tratamiento desventajoso en comparación con el tipo impositivo reducido del 33,5%, e incluso del 30 %, aplicable a los beneficios de las filiales de tales sociedades. De lo anterior resulta que la negativa a aplicar el tipo impositivo reducido a las sucursales hace menos atractivo, para las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, el ejercicio de la libertad de establecimiento a través de una sucursal. De ello se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal limita la libertad de escoger la forma jurídica apropiada para el ejercicio de actividades en otro Estado miembro. Por consiguiente, procede examinar si esta diferencia de trato está objetivamente justificada.

Para el TJCE los artículos 52 (actual artículo 43) y 58 TCE (actual artículo 48) se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé, para las sucursales de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, un tipo impositivo sobre los beneficios superior al aplicable a los beneficios de las filiales de sociedades de esta índole en caso de distribución íntegra de estos últimos a la sociedad matriz.

En el marco de un procedimiento sustanciado con arreglo al artículo 234 TCE, que se basa en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional (SS. de 16 de julio de 1998, Dumon y Froment, C-235/95[15]; de 5 de octubre de 1999, Lirussi y Bizarro, C-175/98 y C-177/98[16]). Por consiguiente, el TJCE no es competente para apreciar los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, siendo dichas cuestiones competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (SS. de 8 de febrero de 1990, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, C-320/88, Rec. p. I-285, apartado 11; Lirussi y Bizarro, ya citada).

Por tanto, corresponde al Órgano jurisdiccional nacional determinar el tipo impositivo que debe aplicarse a los beneficios de una sucursal como la que es objeto del litigio principal, en función del tipo impositivo total que hubiera sido aplicable en caso de distribución de los beneficios de una filial a su sociedad matriz.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 16 de marzo de 2006, Poseidon Chartering, As. C-3/04,** tiene por objeto la interpretación de los artículos 1.2, 7.1, y 17 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

Dicha petición se presentó en el marco de un procedimiento entablado por la empresa "Poseidón" contra la sociedad Marianne Zeeschip, dirigido a obtener el pago de daños y perjuicios, de comisiones impagadas y de una indemnización a raíz de la resolución de

(15) Comentada en el número 20 de esta Revista (julio de 2003), pág. 74.

(16) Comentada en el número 7 de esta Revista (abril de 2000), pág. 5.

un contrato. Poseidón actuó como intermediaria en el marco de un contrato de fletamento de un buque celebrado entre Marianne Zeeschip y la sociedad Maritramp. Tras la resolución de las relaciones contractuales entre Marianne Zeeschip y Poseidón, esta última solicitó a Marianne Zeeschip la reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento del plazo de preaviso de terminación del contrato, el pago de un importe de en concepto de comisiones no abonadas, así como el pago de otro importe como indemnización por la pérdida de clientela. Sin embargo, Marianne Zeeschip se negó a pagar, por considerar que no cabía calificar a Poseidón de agente comercial, en la medida en que sólo había negociado un único contrato. A su juicio, lo que caracteriza a un contrato de agencia es el hecho de que el agente actúa en relación con un gran número de contratos.

Para el TJCE, lo que caracteriza a un contrato de agencia comercial, según se desprende del artículo 1.2 de la Directiva 86/653/CEE, es en particular el hecho de que el agente, definido como un intermediario independiente, ha recibido del empresario un mandato permanente de negociación. Esta concepción resulta de diversas disposiciones de dicha Directiva, en particular de los artículos 3 y 4, relativos a las exigencias de lealtad y buena fe entre las partes del contrato, de los artículos 6 y siguientes, relativos a la remuneración del agente durante la vigencia de la relación contractual, así como de los artículos 17 y siguientes, relativos a los derechos del agente tras la terminación del contrato.

Cuando a un intermediario se le ha encargado concluir, por cuenta o en nombre y por cuenta del empresario, un único contrato, posteriormente prorrogado durante varios años, el requisito de permanencia impuesto por el artículo 1.2 de la Directiva exige que el empresario haya encargado de forma permanente a dicho intermediario la negociación de las prórrogas sucesivas de este contrato, a menos que existan otros factores que reflejen la existencia de un mandato permanente de negociación. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional realizar las apreciaciones necesarias a este respecto. La mera circunstancia de que haya existido una relación entre el intermediario y el empresario durante el período de vigencia del contrato es insuficiente, por sí sola, para demostrar la existencia de tal mandato.

El artículo 1.2 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, debe interpretarse en el sentido de que, cuando a un intermediario independiente se le ha encargado concluir un único contrato, posteriormente prorrogado durante varios años, el requisito de permanencia impuesto por esta disposición exige que el empresario haya encargado a dicho intermediario la negociación de las prórrogas sucesivas de este contrato.

Por último, la **STJCE (Sala Primera) de 23 de marzo de 2006, Honyvem Informazioni Commerciali, As. C-465/04,** en la que se pide al Tribunal que se pronuncie sobre la interpretación de los artículos 17 y 19 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Dicha petición se planteó en

el marco de un litigio entre la empresa "Honyvem" y la Sra. De Zotti en relación con el importe de la indemnización por terminación del contrato debida a ésta a raíz de la resolución de su contrato por la citada sociedad.

Según el artículo 19 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes prevé que "Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial". Pues bien, para el TJCE este artículo debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por terminación del contrato que resulte de la aplicación del artículo 17.2 de dicha Directiva no puede sustituirse, con arreglo a un convenio colectivo, por una indemnización determinada en función de criterios distintos a los fijados por este último artículo, salvo si se acredita que la aplicación del convenio garantiza, en todos los casos, al agente comercial una indemnización igual o superior a la que resultaría de la aplicación de dicha disposición.

Asimismo el artículo 17.2 de la misma Directiva dispone que:

> "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.
>
> 2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:
>
> – hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y
>
> – el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.
>
> b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período.
>
> c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios. (…)"

Según el TJCE, dentro del marco fijado por el artículo 17.2 de la Directiva 86/653, los Estados miembros disfrutan de una facultad de apreciación que pueden ejercer, en particular, con arreglo al criterio de equidad.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Empleo en la función pública

La **STJCE de 23 de febrero de 2005, Comisión contra España, As. C-205/04,** ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 CE y 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al no haber adoptado disposiciones legales que establezcan explícitamente en la función pública española el reconocimiento a efectos económicos de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro. En este sentido, en el procedimiento administrativo previo al recurso por incumplimiento la Comisión había solicitado la modificación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, a fin de garantizar expresamente que se tuvieran en cuenta los períodos de servicio anteriores en la función pública de otros Estados miembros. No obstante, dicha modificación no se produjo, habiendo alegado el Reino de España que, por un lado, existían dificultades técnicas para proceder a dicha modificación y que, por otro lado, la Administración española interpretaba de manera amplia la Ley 70/1978.

El TJCE considera fundado el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. Así, señala que es pacífico entre las partes que, en el momento de la expiración del plazo fijado en el dictamen motivado, las autoridades españolas no habían adoptado ninguna disposición legal destinada a garantizar que, en el cálculo de los trienios, se tuvieran efectivamente en cuenta los períodos de servicio anteriores cubiertos por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros. Por otra parte, no admite ninguno de los argumentos alegados por el Gobierno español para justificar dicha situación. Y ello porque, en palabras del Tribunal:

> "Por un lado, la circunstancia de que el retraso observado en el proceso de reforma de la Ley 70/1978, que constituye el núcleo del presente litigio, obedezca tanto al carácter técnico de dicha reforma como a la diversidad de organismos implicados en la misma, no es idónea para eximir a un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar ni la complejidad de las reformas que hayan de llevarse a cabo, ni disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de las referidas obligaciones (véanse, en este sentido, entre otras, las Sentencias de 15 de mayo de 2003, Comisión/Francia, C-483/01, Rec. p. I-4961, apartado 21, y Comisión/Francia, C-484/01, Rec. p. I-4975, apartado 21, así como la de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Irlanda, C-38/05, no publicada en la Recopilación, apartado 16).
>
> En lo que atañe, por otro lado, al argumento del Gobierno español según el cual el referido retraso no ocasiona perjuicio alguno porque, en cualquier caso, la citada Ley es objeto

de interpretación amplia, como lo demuestra, en particular, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 20 de septiembre de 1999, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la incompatibilidad de una legislación nacional con las disposiciones del Derecho comunitario, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las disposiciones internas que deban modificarse. Por consiguiente, las resoluciones judiciales o las meras prácticas administrativas –estas últimas por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada– no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado CE (véanse, entre otras, las Sentencias de 13 de marzo de 1997, Comisión/Francia, C-197/96, Rec. p. I-1489, apartado 14; de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos, C-144/99, Rec. p. I-3541, apartado 21; de 17 de enero de 2002, Comisión/Irlanda, C-394/00, Rec. p. I-581, apartado 11, y de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-115/05, no publicada en la Recopilación, apartado 6)" (apartados 17 y 18).

b) Derecho de un nacional de un Estado tercero, cónyuge de un nacional comunitario, a acceder a una actividad por cuenta ajena

La **STJCE de 30 de marzo de 2006, Mattern y Cikotic, As. C-10/05,** analiza si un nacional de un Estado tercero, casado con ciudadana luxemburguesa que reside en Bélgica, puede acogerse al artículo 11 del Reglamento 2434/1992 a la hora de acceder al mercado de trabajo, no en Bélgica, en donde la ciudadana luxemburguesa tiene la condición de trabajadora, sino en Luxemburgo. En este sentido, cabe recordar que el artículo 11 del Reglamento 2434/1992 establece que "cuando un nacional de un Estado miembro ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro".

Pues bien, el TJCE concluye que la citada norma no otorga a un nacional de un Estado tercero derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro distinto a aquél en el que se cónyuge, nacional comunitario que ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, ejerce o ha ejercido una actividad por cuenta ajena. Ello es así porque el artículo 11 del citado Reglamento no confiere a los familiares de los trabajadores migrantes ningún derecho propio a la libre circulación, pues dicha disposición beneficia en realidad al trabajador migrante a cuya familia pertenece, como cónyuge o hijo a su cargo, el nacional de un Estado miembro. De este modo, el nacional del tercer Estado, en el supuesto controvertido, sólo podía invocar el artículo 11 del Reglamento 2434/1992 en Bélgica, lugar donde su cónyuge desempeñaba una actividad por cuenta ajena.

D) Libre circulación de capitales

En el período examinado no se ha producido jurisprudencia relevante 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 inconstitucionalidad. a) Medidas provisionales: Las leyes estatales no pueden ser suspendidas como consecuencia de la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.2 CE en relación con el artículo 30 LOTC). B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Los efectos de la Sentencia estimatoria (artículo 38 LOTC): La Sentencia que declare la inconstitucionalidad (sin nulidad) de una norma por un vicio omisivo no priva de objeto a un posible proceso posterior sobre la misma norma. C) Recurso de amparo. a) Requisitos de la demanda (artículo 49.1 LOTC). Interpretación no rigorista: No es imprescindible que el demandante exponga con claridad qué medidas debe adoptar el Tribunal Constitucional para reparar el derecho vulnerado. b) Resoluciones impugnadas. Inadecuada delimitación: La confusión en el cauce elegido para articular la demanda de amparo (el artículo 44 LOTC en lugar del artículo 43 LOTC) no impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto. c) Legitimación del Ministerio Fiscal [artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC]: Se otorga no solamente en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva del propio Ministerio Fiscal. d) El objeto de impugnación (artículo 43.1 LOTC): Una disposición de carácter general puede ser recurrida en amparo cuando la violación del derecho fundamental le es imputable directa e inmediatamente sin necesidad de mediación de un acto aplicativo. e) Admisibilidad de la demanda de amparo (artículo 50 LOTC): No debe inadmitirse por el hecho de que la Sentencia sólo pueda ser meramente declarativa. f) Formas de terminación del proceso (artículo 86.1 LOTC): Pérdida del objeto del recurso por satisfacción extraprocesal de la pretensión. g) Inadmisión de recurso de amparo *ex* artículo 42 LOTC contra la decisión de la Mesa del Congreso de admitir a trámite una propuesta legislativa: la inconstitucionalidad se predica de las normas defi-

nitivamente incorporadas al ordenamiento, no de los proyectos de normas. D) Conflictos competenciales. a) Legitimación activa (artículo 60 LOTC): Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas están legitimados no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico. b) El requerimiento de incompetencia (artículo 63 LOTC): Los preceptos impugnados en el conflicto de competencia deben coincidir con los mencionados en el requerimiento de incompetencia. **3. Conflictos competenciales.** A) Acceso a la función pública docente. Pruebas de acceso restringidas. Distribución de competencias según el artículo 149.1.18 CE. B) Parques Nacionales y órganos de gestión de los mismos. Distribución de competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos (artículo 149.1.23 y 148.1.9 CE). C) Administración de Justicia (artículo 149.1.5), contratación y gestión de las cuentas de depósito y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales. D) Instrucción de expedientes sancionadores en materia social. Distribución de competencias en legislación laboral (artículo 149.1.7) y régimen económico de la Seguridad Social (artículo 149.1.17). E) Medio ambiente. Declaración de impacto ambiental: un supuesto idéntico ocho años después.

1. INTRODUCCIÓN

El elenco de sentencias comentadas abarca desde la STC 1/2006, de 16 de enero, hasta la STC 101/2006, de 30 de marzo. Puede destacarse la STC 52/2006, de 16 de febrero, en la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra un precepto del Código Civil que ya había sido declarado inconstitucional en otra sentencia anterior (STC 273/2005). El Tribunal considera que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sin declaración de nulidad (pues el vicio era de carácter omisivo) no priva de objeto a un posible proceso posterior sobre la misma norma. En relación a los conflictos competenciales, no hay novedades destacables en la jurisprudencia de este período. Tan sólo merece destacarse la STC 101/2006, de 30 de marzo, en la que se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de una ley vasca que reproducían el contenido de los artículos de otra ley que ya habían sido declarados inconstitucionales en la STC 13/1998.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Medidas provisionales: Las leyes estatales no pueden ser suspendidas como consecuencia de la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.2 CE en relación con el artículo 30 LOTC)

El **ATC 58/2006, de 15 de febrero**, resolvió sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León frente a determinados preceptos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica. Las medidas provisionales solicitadas pretendían básicamente el aplazamiento de la salida de los documentos y la revisión de los mismos, para dilucidar cuáles debían excluirse de la entrega.

El Tribunal Constitucional puso de manifiesto que estas medidas provisionales suponían, en parte, la suspensión de la aplicación de la Ley en los términos en que la misma había sido aprobada por las Cortes Generales. Recuerda también el Tribunal que la suspensión de la Ley estatal recurrida en modo alguno puede ser acordada por él mismo, en razón de lo previsto en la Constitución y la LOTC y en consideración a la propia doctrina del Tribunal (AATC 462/1985, de 4 de julio; 141/1989, de 14 de marzo, y 128/1996, de 21 de mayo). Esta imposibilidad de decretar la suspensión de la ley estatal recurrida se basa en la presunción de legitimidad que tiene la ley por ser manifestación de la voluntad popular expresada por el legislador (STC 66/1985, de 23 de mayo).

Sin embargo, y como también recuerda el Tribunal en el Auto comentado, existe una excepción a este principio general: Cuando el Gobierno impugne una disposición (también con rango de ley) de una Comunidad Autónoma, el Tribunal Constitucional sí podrá acordar la suspensión cautelar (artículos 161.2 CE y 30 LOTC). Como es sabido esta disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha sido objeto de viva polémica en la doctrina y, realmente, tiene difícil encaje en el modelo de justicia constitucional diseñado por la Constitución española de 1978.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Los efectos de la Sentencia estimatoria (artículo 38 LOTC): La Sentencia que declare la inconstitucionalidad (sin nulidad) de una norma por un vicio omisivo no priva de objeto a un posible proceso posterior sobre la misma norma

En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante **STC 52/2006, de 16 de febrero**, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real impugnó el artículo 133.1 del Código Civil, en cuanto restringe al hijo la legitimación para reclamar la filiación no

matrimonial cuando no exista posesión de estado. Consideraba el órgano judicial proponente que la privación del derecho de reclamar la filiación no respaldada por la posesión del estado al progenitor no matrimonial es contraria al derecho a la igualdad (artículo 14 CE) y al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

Como recuerda el Tribunal Constitucional, la cuestión es sustancialmente idéntica a la promovida por el mismo órgano judicial y resuelta mediante STC 273/2005, de 27 de octubre (comentada en el número anterior de esta Revista). En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional concluyó la inconstitucionalidad del mencionado precepto del Código Civil, si bien por motivos distintos de los alegados en la cuestión presentada (incompatibilidad con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad y, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción). Ahora bien, se trataba de una inconstitucionalidad por omisión del legislador (insuficiencia normativa), que no podía ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que exigía que fuese el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, el que regulase con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado. Por ello, El Tribunal no anuló el precepto legal cuestionado, estimando que "si se declarara la nulidad de la regla legal que, en ausencia de posesión de estado, otorga al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial durante toda su vida, además de que no se repararía la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del artículo 133 CC, y en forma plenamente conforme con los mandatos del artículo 39 CE, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad, de modo que la declaración de nulidad del precepto generaría un vacío normativo, sin duda no deseable".

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional consideró que la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante la STC 273/2005 no priva de objeto a la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se comenta, pues "la pérdida de objeto en la cuestión de inconstitucionalidad se produce únicamente como consecuencia de la expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico (...) lo que comporta la radical y absoluta imposibilidad de aplicación de la norma cuestionada" (STC 153/1986, de 4 de diciembre). En conclusión, el Tribunal estimó la presente cuestión de inconstitucionalidad y reiteró el fallo sentado en la anterior STC 273/2005.

C) Recurso de amparo

a) Requisitos de la demanda (artículo 49.1 LOTC). Interpretación no rigorista: No es imprescindible que el demandante exponga con claridad qué medidas debe adoptar el Tribunal Constitucional para reparar el derecho vulnerado

En el procedimiento de amparo resuelto mediante **STC 2/2006, de 16 de enero**, el Abogado del Estado solicitó la inadmisión del recurso, pues consideraba incumplido el

artículo 49.1 LOTC, que obliga al demandante de amparo a fijar con claridad y precisión lo que pide, dado que en el suplico de la demanda el recurrente se limitaba a solicitar del Tribunal una Sentencia ajustada a Derecho, sin concretar las situaciones cuya preservación o restablecimiento se pretendía.

El Tribunal Constitucional estimó que, según reiterada jurisprudencia, la exigencia del artículo 49.1 LOTC implica, sobre todo, la necesidad de determinar con precisión cuál es el acto del poder que se considera lesivo y cuáles las vulneraciones constitucionales que se han producido por el acto o resolución que se impugna, requisitos ambos que consideró cumplidos en el presente caso. A mayor abundamiento, recordó el Tribunal que no se encuentra vinculado por las peticiones de las partes a la hora de determinar el alcance y efectos de su fallo y que goza de una amplia libertad en la precisión del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 LOTC. Por todo ello, establece la Sentencia que "resultaría extremadamente rigorista y contrario a nuestra doctrina tendente a la evitación de formalismos enervantes en la interpretación de los requisitos procesales para acceder al amparo, la inadmisión de un recurso de amparo porque el recurrente no haya precisado cuáles son las medidas que este Tribunal ha de adoptar para el reconocimiento y restablecimiento de la integridad del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia, en caso de que el amparo sea otorgado".

b) Resoluciones impugnadas. Inadecuada delimitación: La confusión en el cauce elegido para articular la demanda de amparo (el artículo 44 LOTC en lugar del artículo 43 LOTC) no impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto

El recurso de amparo resuelto mediante **STC 11/2006, de 16 de enero**, se dirigía formalmente contra varias resoluciones judiciales que desestimaron los sucesivos recursos interpuestos por el demandante de amparo contra la retención de los números 1, 2 y 3 de la Revista *Kale Gorria* por parte de la dirección del centro penitenciario en el que cumplía condena por delitos de terrorismo.

El Tribunal Constitucional estimó que la demanda adolecía de una confusión de pretensiones que se proyectaba sobre las resoluciones impugnadas y los derechos fundamentales cuya vulneración se alegaba. Por lo que respecta a las resoluciones impugnadas, señaló que, si bien la demanda invocaba el artículo 44 LOTC y se basaba principalmente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde un punto de vista material no se trataba de un amparo dirigido contra resoluciones judiciales, sino de un amparo que tenía su origen en la actuación de un órgano administrativo, en este caso, un centro penitenciario, cuyas pretendidas vulneraciones de derechos no habrían sido reparadas en vía judicial. Con estas consideraciones se clarificaba, además, el parámetro de control que debía ser empleado en la resolución de este recurso. En efecto, éste debía analizarse no desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, sino desde la del artículo 20.1 CE y, más concretamente, desde la perspectiva del derecho a recibir información veraz contemplado en la letra d) de este artículo. Así fue analizado por el Tribunal Constitucional, quien, finalmente, denegó el amparo.

La misma confusión se reitera en los recursos de amparo resueltos mediante **SSTC 33 y 35/2006, de 13 de febrero**. En ambas los recurrentes articularon las demandas por el cauce del artículo 44 LOTC, cuando debieron haberlo hecho por el del artículo 43 LOTC. El Tribunal también entendió que este defecto no impedía el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

c) Legitimación del Ministerio Fiscal [artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC]: Se otorga no solamente en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva del propio Ministerio Fiscal

En el recurso de amparo resuelto mediante **STC 17/2006, de 30 de enero**, que fue interpuesto por el Ministerio Fiscal contra diversas resoluciones judiciales, éste alegaba vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) en el proceso previo ante los tribunales ordinarios. Se trataba de un proceso matrimonial en el que se dilucidaba la atribución de la guarda y custodia de dos menores a uno u otro de los progenitores. Mediante Auto de 12 de marzo de 2001, la Audiencia Provincial de Tarragona acordó la exploración de las menores para conocer su opinión sobre la cuestión controvertida. La exploración tuvo lugar en la fecha señalada a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal, no permitiéndose la presencia e intervención del Ministerio Fiscal, quien solicitó la nulidad de la diligencia para que se practicase de nuevo con su presencia. Como quiera que esta petición no fue atendida en las sucesivas instancias, el Ministerio Fiscal recurrió en amparo. El Tribunal Constitucional estimó que, en este caso, el Ministerio Fiscal interpuso el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente (lo que ya venía siendo admitido en la jurisprudencia constitucional –SSTC 148/1994, de 12 de mayo y 256/1994, de 26 de septiembre) y, además, en su calidad de defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En concreto, defendía los derechos de las hijas menores de las partes enfrentadas en el proceso matrimonial, siendo esta segunda perspectiva la que adquiría especial relevancia a efectos de este recurso de amparo. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo, admitiendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva alegado por el Ministerio Fiscal en interés de las menores concernidas en este proceso.

d) El objeto de impugnación (artículo 43.1 LOTC): Una disposición de carácter general puede ser recurrida en amparo cuando la violación del derecho fundamental le es imputable directa e inmediatamente sin necesidad de mediación de un acto aplicativo

El recurso de amparo resuelto por **STC 54/2006, de 27 de febrero**, fue formulado por la Organización de Consumidores y Usuarios contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000, parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento del Impuesto

sobre la Renta de las Personas Físicas. No obstante, el Tribunal Constitucional estimó que la crítica central de la demanda se refería a varios preceptos del citado Reglamento, a los que se atribuía la vulneración del derecho a la igualdad en la ley (artículo 14 CE). Recuerda el Tribunal que para que una disposición de carácter general pueda constituirse en objeto de un recurso de amparo sin mediación de acto aplicativo alguno es necesario que la lesión del derecho fundamental en cuestión derive, directa e inmediatamente, de la propia norma reglamentaria (SSTC 31/1984, de 7 de marzo, y 141/1985, de 22 de octubre, entre otras). En opinión del Tribunal, esta circunstancia se da en el presente caso, por lo que admite el recurso, considerando que el derecho fundamental cuya vulneración se imputa a la norma cuestionada –derecho a la igualdad del artículo 14 CE– es susceptible de amparo (aunque, finalmente, deniega la tutela solicitada).

e) Admisibilidad de la demanda de amparo (artículo 50 LOTC): No debe inadmitirse por el hecho de que la Sentencia sólo pueda ser meramente declarativa

En los recursos de amparo acumulados resueltos mediante **STC 78/2006, de 13 de marzo**, el demandante, portavoz del grupo parlamentario popular del Parlamento de Andalucía, impugnaba diversos Acuerdos de la Mesa de este Parlamento, por los que se inadmitía a trámite la reconsideración de dos proposiciones no de ley. El Parlamento de Andalucía alegó que la demanda de amparo debía ser inadmitida porque el fallo que podría acordarse, aún en el supuesto de que se estimara el amparo, sería meramente declarativo, dado que el Presidente de la Comunidad Andaluza había decretado la disolución del Parlamento con anterioridad a la interposición de los recursos de amparo que se enjuiciaban.

En opinión del Tribunal, la cuestión a la que alude el Parlamento andaluz es distinta, pues se refiere a la imposibilidad de reponer al titular del derecho en su pleno ejercicio, dado que los hechos tuvieron lugar en una legislatura ya concluida. Pero, como recuerda el Tribunal, esta limitación no le ha impedido conocer de asuntos similares en otras ocasiones (SSTC 226/2004 y 227/2004, de 29 de noviembre) y pronunciarse sobre si se han menoscabado, y en qué medida, los derechos de los parlamentarios recurrentes. Precisamente, es en supuestos como éste cuando el Tribunal ha declarado que "la pretensión del demandante de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho ex artículo 23.2 CE y la nulidad de los Acuerdos que impidieron su ejercicio" (STC 90/2005, de 18 de abril, FJ 8º). Es más, hay que recordar que los amparos *ex* artículo 42 LOTC, contra actos sin rango de ley de los órganos legislativos, suelen dar lugar a sentencias meramente declarativas, pues la resolución se produce normalmente cuando la legislatura en la que se produjo la vulneración del derecho ya ha concluido.

f) Formas de terminación del proceso (artículo 86.1 LOTC): Pérdida del objeto del recurso por satisfacción extraprocesal de la pretensión

En el recurso de amparo resuelto por **STC 84/2006, de 27 de marzo**, el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo impugnaba varias sentencias por no declarar la nulidad de las órdenes de RENFE por las que se obligaba a las trabajadoras de la unidad de negocio del AVE a utilizar la falda como prenda de uniforme, sin permitirles

optar por utilizar el pantalón como prenda alternativa, considerando que dichas órdenes vulneraban varios derechos fundamentales. Como quiera que estas órdenes fueron anuladas por la Ministra de Fomento, constando que, en el momento de dictar sentencia el Tribunal Constitucional, las trabajadoras del AVE ya podían elegir entre las dos prendas de vestir, el Tribunal estimó que se había producido la desaparición sobrevenida del objeto del proceso. Esta circunstancia, aun cuando no está contemplada expresamente en el artículo 86.1 LOTC, ha sido admitida en la jurisprudencia constitucional como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales, salvo en aquellos casos en que, a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo, el Tribunal considerara que debían tenerse en cuenta otros elementos de juicio que hiciesen precisa la decisión sobre el fondo.

g) Inadmisión de recurso de amparo *ex* artículo 42 LOTC contra la decisión de la Mesa del Congreso de admitir a trámite una propuesta legislativa: la inconstitucionalidad se predica de las normas definitivamente incorporadas al ordenamiento, no de los proyectos de normas

Mediante el **ATC 85/2006, de 15 de marzo**, se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por el grupo parlamentario popular del Congreso de los Diputados contra el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se admitió a trámite la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña presentada por el Parlamento de esa Comunidad Autónoma. Los recurrentes alegaban vulneración del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE). Como argumento principal, el Tribunal aduce que un proyecto de norma no es idóneo para vulnerar por sí mismo la Constitución, como ya se estableció en el ATC 135/2004, de 20 de abril, por el que se inadmitió a trámite la impugnación de resoluciones autonómicas *ex* artículo 161.2 CE formulada por el Gobierno de la Nación contra dos disposiciones del Gobierno y de la Mesa del Parlamento Vasco relativas a la propuesta de "Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi". La inconstitucionalidad, de existir, debería predicarse de la norma definitivamente aprobada. Entre tanto se produce esta circunstancia, el Tribunal no debe interferir en el debate parlamentario en una especie de recurso previo. En cuanto a las supuestas facultades de la Mesa del Congreso para decidir por sí misma que la tramitación debida era la reforma de la Constitución en vez de la establecida para la reforma de los Estatutos de Autonomía (como proponían los recurrentes), ello resulta contrario a las limitadas facultades de las Mesas de los órganos legislativos, según jurisprudencia constitucional reiterada (SSTC 124/1995, de 18 de julio, y 38/1999, de 22 de marzo). En fin, considera el Tribunal que el derecho del grupo recurrente a la participación en el debate de elaboración de la norma en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE) no resulta afectado por el procedimiento determinado por la Mesa (AATC 44/2005 y 45/2005, de 31 de enero). En consecuencia, inadmite el recurso de amparo por carencia manifiesta de contenido constitucional [artículo 50.1.c) LOTC]. Cinco Magistrados discrepantes formularon otros tantos Votos Particulares contra el parecer del Pleno expresado en este Auto.

Don Guillermo Jiménez Sánchez argumentó su discrepancia de esta forma: En el momento de resolver sobre la admisión a trámite de la demanda de amparo es improcedente efectuar pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y también es improcedente en dicho momento procesal resolver sobre la existencia o no de la pretendida vulneración del derecho fundamental alegado. En la fase de admisión la cuestión se limita a apreciar si en la demanda de amparo concurre alguna circunstancia que pueda dar lugar a la inadmisión, particularmente, la carencia de contenido constitucional prevista en el artículo 50.1.c) LOTC. El Magistrado considera que, en este caso, la demanda no carecía de contenido constitucional y que, por lo tanto, procedía la admisión del recurso.

En su Voto Particular, el Magistrado don Javier Delgado Barrio pone de manifiesto la –en su opinión– fundamental diferencia entre la impugnación inadmitida mediante el ATC 135/2004, citado por el Auto que nos ocupa y cuya doctrina reitera éste, y el recurso de amparo inadmitido ahora. Considera el Magistrado discrepante que en la impugnación *ex* artículo 161.2 CE el control de admisibilidad del Tribunal Constitucional debe ser mucho más riguroso por las consecuencias que lleva implícitas el propio procedimiento de impugnación: la suspensión de la disposición recurrida. Este efecto, sin embargo, no se produce en el recurso de amparo y, por lo tanto, el control de admisibilidad del Tribunal Constitucional puede ser aquí el "ordinario". En la demanda de amparo que nos ocupa se defendía que la tramitación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en el Congreso de los Diputados podía desembocar en una reforma encubierta de la Constitución y que, por lo tanto, esa tramitación podía lesionar el derecho de participación política del artículo 23.2 CE. A juicio del Magistrado, el mero enunciado de estas cuestiones pone de manifiesto que no carecen de contenido constitucional y que merecen un pronunciamiento sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, pronunciamiento que, además, por tratarse de una Sentencia, se publicaría en el Boletín Oficial del Estado, con la consiguiente publicidad, y poseería la virtualidad inadmisoria de cara a futuras demandas prevista en el artículo 50.1.d) LOTC.

Los Votos Particulares de los Magistrados don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas inciden en estos argumentos y hacen hincapié en la alegación de los recurrentes de que la propuesta reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña supone una reforma encubierta de la Constitución (y también supone, en su opinión, un nuevo Estatuto de Autonomía y no una mera reforma estatutaria). Por ello, consideran que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre el fondo del asunto.

D) Conflictos competenciales

a) Legitimación activa (artículo 60 LOTC): Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas están legitimados no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico

En los conflictos de competencia acumulados y resueltos mediante **STC 32/2006, de 1 de febrero**, los Gobiernos de la Diputación General de Aragón y de la Junta de Andalucía

alegaron que diversos preceptos del Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos Parques y de sus Patronatos vulneraban sus competencias en materia de "medio ambiente" y de "espacios naturales protegidos".

El Abogado del Estado planteó dos objeciones de carácter procesal: la primera de ellas se refería a la falta de legitimación de las dos Comunidades Autónomas para impugnar los preceptos cuestionados, pues en la fecha de planteamiento del conflicto no existía ningún Parque Nacional que se extendiese por el territorio de más de una Comunidad Autónoma en dichas Comunidades. Esta objeción ya se planteó en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, que modificaba la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (norma habilitante del Real Decreto cuestionado) y fue rechazada en la STC 194/2004 con apoyo en la doctrina contenida en la STC 199/1987, donde se sostenía que la Comunidad Autónoma que recurre contra una ley del Estado está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, en la medida en que el ejercicio de las funciones que le correspondan pueda verse afectado –como dispone el artículo 32.2 LOTC– por la norma recurrida.

En la STC 32/2006, que ahora comentamos, el Tribunal Constitucional estimó que en los conflictos positivos de competencia tampoco puede admitirse la aducida falta de legitimación de las Comunidades actoras, pues "la aplicación de las normas jurídicas ha de realizarse de acuerdo con las reglas de reparto competencial previstas en el bloque de la constitucionalidad, y ello también en el caso de que los supuestos de hecho previstos en aquéllas no tengan aún aplicación efectiva pero puedan tenerla en el territorio de determinadas Comunidades Autónomas, toda vez que, de concretarse en el futuro los supuestos normativos todavía no dados, cabría que se produjera la efectiva invasión competencial habiendo expirado los plazos para el ejercicio de la acción impugnatoria, con la consecuencia de que el Estado atrajera hacia sí de modo indebido competencias que la Constitución no le ha otorgado".

b) El requerimiento de incompetencia (artículo 63 LOTC): Los preceptos impugnados en el conflicto de competencia deben coincidir con los mencionados en el requerimiento de incompetencia

En proceso concluido mediante **STC 32/2006, de 1 de febrero**, a la que se acaba de hacer referencia, el Abogado del Estado planteó una segunda objeción procesal: Aducía que en el conflicto de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía se apreciaba cierto desajuste entre los preceptos que fueron objeto del previo requerimiento de incompetencia y el suplico de la demanda. El Tribunal Constitucional estimó parcialmente esta objeción, considerando que, de acuerdo con el artículo 63.3 LOTC, en

el requerimiento de incompetencia se han de hacer constar con claridad los preceptos de la disposición viciada de incompetencia. Como principal argumento, el Tribunal alega que el requerimiento previo a que se refiere el artículo 63 LOTC no es un mero formalismo, sino que responde a la finalidad primordial de apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

No existe ninguna novedad relevante en la actividad del Tribunal Constitucional correspondiente a este trimestre. Seis sentencias dictadas con el habitual retraso (ocho años) donde se reitera jurisprudencia ya bastante asentada. Sólo merece un cierto comentario la **STC 101/2006, de 30 de marzo**, en la que se enjuicia una ley vasca que reproduce unos preceptos que fueron declarados inconstitucionales en 1998. Aunque la representación procesal de la Comunidad Autónoma aduce que no existe ningún intento de dificultar la ejecución de la decisión jurisprudencial adoptada en 1998 (entienden que la ley se aprobó antes de dictarse la sentencia), no deja de ser un ineficaz uso de recursos que la cuestión esté paralizada en el Tribunal durante más de ocho años sin que el propio Parlamento vasco cambie una normativa cuya inconstitucionalidad fue claramente establecida en 1998.

A) Acceso a la función pública docente. Pruebas de acceso restringidas. Distribución de competencias según el artículo 149.1.18 CE

En la **STC 31/2006, de 1 de febrero,** se resuelven tres recursos de inconstitucionalidad promovidos en 1998 por cincuenta Senadores, el Presidente del gobierno y el Defensor del Pueblo contra el artículo 10 de la Ley del País Vasco 16/1997 que introduce un nuevo apartado en la disposición adicional segunda de la Ley de la Función Pública vasca. Dicho precepto regula una específica forma de acceso a la condición de funcionario docente (aun careciendo de la titulación específica) mediante un sistema excepcional de pruebas selectivas restringidas. El conflicto competencial se centra en la eventual violación del artículo 149.1.18 CE por desconocer la legislación estatal básica vigente.

En supuestos como el presente, para determinar si hay invasión competencial, debe primero constatarse si la norma estatal infringida es verdaderamente básica y, después, si existe una contradicción real entre la norma impugnada y la estatal que no pueda ser salvada por vía interpretativa.

Tras constatar el carácter básico de las normas estatales alegadas por las partes, el Tribunal constata que su constitucionalidad fue ya avalada por su jurisprudencia anterior. De este modo, queda claro que el ingreso en la función pública docente, así como las excepciones que se prevean, es objeto de la regulación básica estatal.

Tras tal conclusión examina si la regulación establecida en la norma impugnada es o no de carácter excepcional y si esta eventual excepcionalidad puede justificar su constituciona-

lidad. Respecto al primer interrogante el TC entiende que la existencia de una coyuntura peculiar que pretende resolver la norma impugnada (la existencia de un doble régimen legal del profesorado, funcionarial en la mayoría de los casos y laboral indefinido en el personal de los centros privados que se han integrado en la red pública de centros educativos) no permite concluir su inmediata constitucionalidad pues la normativa básica estatal no permite que las Comunidades Autónomas adopten medidas unilaterales en la materia. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada que las excepciones al sistema de acceso a la función pública (docente) merecen la calificación de legislación básica.

La única posibilidad de declarar constitucional la normativa autonómica impugnada es que pueda conciliarse con la normativa básica por vía interpretativa, cosa que considera imposible por haber transcurrido el plazo para la convocatoria de este tipo de plazas en la disposición transitoria sexta de la LOGSE que constituye en esta materia la norma básica de referencia.

B) Parques Nacionales y órganos de gestión de los mismos. Distribución de competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos (artículos 149.1.23 y 148.1.9 CE)

En la **STC 32/2006, de 1 de febrero,** se resuelven dos conflictos de competencias promovidos por los gobiernos de Andalucía y Aragón en 1998 contra diversos preceptos del Real Decreto 1760/1998 por el que se determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos Parques y de sus patronatos.

En la cuestión ya hay un cuerpo de doctrina amplio constituido por las recientes SSTC 194/2004; 35/2005; 36/2005; 81/2005; 100/2005; 101/2005 y 331/2005, todas ellas comentadas en números anteriores de esta revista.

El encuadramiento competencial del conflicto no suscita ninguna duda pues ha de ser el de "medio ambiente" y "espacios naturales protegidos", materias en las que el poder central es titular de competencia para dictar normas básicas y las Comunidades Autónomas de competencias de desarrollo legislativo y ejecución.

Respecto a la impugnación del carácter básico de los preceptos, el TC enjuicia primero la impugnación de la carencia de rango de la norma para regular la cuestión para lo que recuerda su reiteradísima jurisprudencia al respecto y que ya en su día (en la STC 194/2004) se entendió que el desarrollo reglamentario de la Ley entonces objeto de enjuiciamiento podía tener carácter básico. En fin, desde la perspectiva formal, el Real Decreto ahora impugnado contiene normas que pueden calificarse como básicas.

Para examinar el cumplimiento o no del requisito material, el TC divide las normas impugnadas en dos grupos diferentes: las relativas a las comisiones mixtas de gestión de los parques nacionales, por una parte, y las atinentes a los patronatos de dichos parques, por

la otra. Para decidir sobre la constitucionalidad de la regulación se atiene a la *ratio decidendi* contenida en las decisiones antecitadas sobre supuestos muy cercanos.

Respecto a las comisiones mixtas de gestión, la regulación contenida mantiene una conexión directa con la de la Ley 41/1997 enjuiciada ya en la STC 194/2004 (y en el resto de decisiones ya citadas) por lo que el Tribunal se limita a recordar su doctrina en este punto: el principio de gestión conjunta de los parques nacionales, con carácter general, no encuentra acomodo en las competencias básicas del Estado ni en los principios de coordinación y cooperación. Aplicando tal doctrina a los preceptos objeto de discusión entiende inconstitucionales la mayoría de los preceptos integrantes del bloque regulador de las comisiones mixtas de gestión.

Respecto al conjunto de normas reguladoras de los patronatos de los parques nacionales, el Tribunal recuerda que en su jurisprudencia anterior había aceptado la legitimidad constitucional de la regulación estatal de los patronatos en cuanto que no son órganos gestores, sino colaboradores y siempre que permitan una participación activa de la Comunidad Autónoma en su desarrollo normativo. El análisis en concreto de los preceptos impugnados implica la declaración de inconstitucionalidad sólo de algunos de ellos, precisamente, por no permitir suficiente desarrollo normativo a la Comunidad Autónoma.

C) Administración de Justicia (artículo 149.1.5), contratación y gestión de las cuentas de depósito y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales

En la **STC 50/2006, de 16 de febrero**, se resuelven dos conflictos positivos de competencia planteados por los gobiernos de Cataluña y Andalucía y dos recursos de inconstitucionalidad planteados por el Presidente del Gobierno contra sendas leyes de las dos Comunidades Autónomas recurrentes; acumuladas en razón de la identidad de la controversia competencial. Controversia radicada en la titularidad de la competencia para fijar las condiciones y contratar el servicio de gestión de las cuentas de depósito y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales, así como para ingresar los rendimientos generados en dichas cuentas.

El TC comienza dejando claro que no está en cuestión la competencia estatal para establecer el régimen jurídico de los fondos ingresados en cuentas judiciales y el destino que se le haya de dar. La controversia se centra pues en las facultades de apertura de las cuentas bancarias y el ingreso de los intereses derivados de las mismas.

Tales cuentas tienen por objeto gestionar los pagos, consignaciones y depósitos judiciales generados como consecuencia de la aplicación de las normas procesales. La determinación de una u otra entidad para abrir las cuentas no es una mera actuación ejecutiva destinada a asegurar el buen funcionamiento del servicio público de Administración de Justicia, porque al establecer las condiciones en las que se desarrolla la licitación de tales cuentas, se concreta y establece todo un haz de obligaciones de las entidades de crédito adjudicatarias.

Por tanto, debe diferenciarse entre el contrato de la Administración con la entidad bancaria para la prestación del servicio de apertura y gestión de las cuentas, y la apertura de cada cuenta por parte del Secretario Judicial correspondiente. El primero está regulado por la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y en virtud del mismo cada órgano judicial abrirá una cuenta a su nombre para cumplir sus obligaciones.

Por ello, la competencia para sacar a licitación el servicio de cuentas de consignaciones y depósitos de los órganos judiciales no está en contradicción con la de disponer sobre los rendimientos producidos. De este modo, la entidad pública competente para disponer de los intereses derivados de cuentas judiciales con carácter general de acuerdo con la distribución de competencias será también la única que pueda decidir sobre las condiciones en las que las entidades privadas prestan el servicio bancario de cuentas.

En tal sentido entiende el Tribunal que los intereses generados por las cuentas bancarias son rendimientos no vinculados a la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma relativa a la previsión de los medios materiales para el ejercicio de la función judicial. Dado que la autonomía financiera de los entes territoriales se vincula al desarrollo de sus competencias y dada la inexistencia de habilitación expresa alguna en tal sentido en el bloque de la constitucionalidad, sólo cabe concluir que la competencia es del poder central. Competencia que abarcará no sólo el disponer de los rendimientos, sino también designar las entidades bancarias en las que deben abrirse tales cuentas.

A tal conclusión no obsta la alegación de las competencias autonómicas en materia de Administración de Justicia puesto que las facultades discutidas forman parte de un haz de funciones en torno a unas cantidades generadas en virtud de títulos competenciales estatales.

Por el contrario, en su Voto Particular, dos Magistrados entienden que las cuentas bancarias objeto de discusión son un instrumento al servicio del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Se trataría, pues, un medio material para el ejercicio de ésta y por ello objeto de competencia autonómica.

D) Instrucción de expedientes sancionadores en materia social. Distribución de competencias en legislación laboral (artículo 149.1.7) y régimen económico de la Seguridad Social (artículo 149.1.17)

En la **STC 51/2006, de 16 de febrero**, se resuelve un conflicto de competencia promovido por el gobierno catalán cuestionando la constitucionalidad del artículo 18.3 del Reglamento sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. En particular se cuestiona la atribución de las funciones de instructor de los expedientes sancionadores en materia social al Inspector o Subinspector de Trabajo y Seguridad Social que practicó el acta de infracción por superar el ámbito competencial estatal en materia de legislación laboral (artículo 149.1.7) y de la Seguridad Social (artículo 149.1.17).

El Tribunal Constitucional comienza examinando la competencia estatal en materia de legislación laboral. Así, recuerda su conocida doctrina relativa al concepto material de legislación utilizado en la distribución interna de competencias (que incluye tanto la legislación formal como las normas reglamentarias de desarrollo) de modo que no cabe ningún espacio de regulación externa a las Comunidades Autónomas que sólo disponen de una competencia de mera ejecución de la norma estatal. Competencia de ejecución que, como está sobradamente sentado en la jurisprudencia, incluye la potestad sancionadora en la materia en la que se ejerce.

En el campo de la Seguridad Social, la competencia estatal se extiende a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Respecto a la potestad sancionadora, la STC 195/1996 obliga a distinguir entre Seguridad Social (en el que las potestades sancionadoras corresponden al ente autonómico) y su régimen económico (en el que el Estado retiene la potestad sancionadora en lo referente a infracción que recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social –ilícitos inmediatamente referidos a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes).

Para resolver la cuestión el Tribunal se pregunta sobre el exacto alcance y sentido del precepto impugnado. Así, centra el debate competencial en la determinación de quién debe asumir las funciones de instructor del expediente sancionador en un supuesto concreto, pues es esta previsión la que se considera lesiva de la competencia autonómica ejecutiva en la materia. En tal sentido entiende que tal invasión competencial se produce en la medida en que impide a la Comunidad Autónoma ejercer su competencia para designar el órgano instructor de los procedimientos sancionadores que tiene atribuidos por razón de la materia por lo que se estima parcialmente el conflicto planteado.

E) Medio ambiente. Declaración de impacto ambiental: un supuesto idéntico ocho años después

En la **STC 101/2006, de 30 de marzo**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley vasca 3/1998, de protección del medio ambiente. Los preceptos impugnados regulan distintos aspectos de la declaración de impacto ambiental a que deben someterse determinadas obras y actividades. La crítica competencial radica en la atribución de la emisión de dichas declaraciones a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en todos los casos, sin distinguir aquellos supuestos en los que las obras y actividades que deban ser autorizadas o realizadas por Estado a partir de sus diferentes títulos competenciales.

La cuestión debatida tiene una clara coincidencia con la debatida en la STC 13/1998. De hecho la propia representación del País Vasco expresamente anuncia que la aprobación de aquella ley no obedecía a una suerte de confrontación deliberada con el Tribunal Constitucional, sino que fue anterior a la citada sentencia y por ello no pudo tener en cuenta las consideraciones contenidas en la misma.

Tras recordar los términos en los que se produjo aquella controversia competencial y estudiar los que caracterizan a la ahora suscitada, el TC entiende que nos encontramos

ante una controversia ya planteada y resuelta por lo que se limita a recordar y aplicar los criterios configuradores de la *ratio decidendi* de la citada sentencia y procede a declarar la inconstitucionalidad de todos los preceptos impugnados sin introducir ninguna novedad significativa.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). a) Deber de custodia de los detenidos por la policía y exhaustividad y rigurosidad de las autopsias. b) Recurso a la fuerza absolutamente necesario: relación de causalidad entre la fuerza utilizada para inmovilizar al detenido y la muerte. c) Suicidio de una persona mientras era conducido a comisaría. Inexistencia de vulneración sino previsible e investigación efectiva. C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) El uso de armas de fuego por la policía es una medida última. b) Condenas sucesivas a un objetor de conciencia. c) Conducción de detenida para examen ginecológico que finalmente no se practica. Ausencia de nivel mínimo para su apreciación. Violación procedimental. d) Expulsión de un extranjero analizada desde los artículos 3, 8 y 34 de la Convención. D) Derecho al proceso equitativo. a) Juicio penal en ausencia. Defecto legislativo estructural. Renuncia de la Gran Sala, en contra del criterio de la Sala, a dictar una "sentencia piloto". b) Costas excesivas para acceso al proceso judicial. E) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). a) El traslado de las cenizas de los maridos forma parte de la vida privada y/o familiar. b) Presunción irrefutable de paternidad. c) Retraso en la concesión de residencia. Convenio Europeo y derecho comunitario. d) Expulsiones de extranjeros contrarias al CEDH. F) Libertad de información (artículo 10). a) Varios casos de vulneración por restricciones indebidas de la libertad de expresión e información. b) Y un supuesto en que la condena no implica vulneración. G) Libertad de asociación (artículo 11). a) No inscripción de partido político. b) Necesidad de autorización para viajar al extranjero los miembros de una asociación. H) Libertad sindical (artículo 11). a) Derecho de los funcionarios y contratados por el Estado de fundar sindicatos. b) Acuerdos de monopolio sindical. Aplicación de la Carta de Derechos de la Unión

Europea. I) Derecho a la instrucción (artículo 2 P1). Incluye el derecho a ser admitido en la educación universitaria. J) Derecho a elecciones libres. a) Privación del sufragio a quebrados. b) Depósito para ser candidato en elecciones. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24.1 y 2). a) Acceso a la jurisdicción: legitimación activa de asociaciones empresariales. b) Acceso a la jurisdicción: interposición de recurso contencioso-administrativo ante órgano incompetente. c) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo. d) Acceso a los recursos: requisitos para la existencia de error patente. e) Derecho a las pruebas pertinentes en procesos de extradición. Indicios de persecución política. B) Derecho a la intimidad (artículo 18). a) La inviolabilidad del domicilio ampara una casa de ejercicios espirituales (artículo 18.2). b) Plazo estricto de las intervenciones telefónicas (artículo 18.3). C) Derecho a la información (artículo 20). a) Limitación legítima del derecho a recibir información en el ámbito penitenciario. b) Reportaje neutral y veracidad de la información periodística. c) Libertad de información de Secretario de Estado. D) Potestades de calificación de las Mesas parlamentarias (artículo 23.2). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Igualdad (artículo 14). a) Exigencia de conocimiento de lengua autonómica y acceso a función pública. b) Equivalencia de certificados de conocimiento de valenciano y catalán. B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18). a) Derecho al honor. Personas jurídicas. Expresiones vejatorias. b) Derecho a la propia imagen. Noción de caricatura. C) Acceso y permanencia en cargos públicos representativos (artículo 23.2). a) Derecho a obtener información para el ejercicio de funciones inherentes al cargo público. b) Impugnabilidad de la falta de convocatoria de Concejal a una Comisión Informativa. D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24). a) Investigación de la paternidad. Legitimación activa. b) Módulos judiciales. Necesidad de examen individualizado de los asuntos que se someten a la consideración judicial. E) Extranjería. a) Nacionalidad. a') Condena penal en país de origen no cumplida. b') Antecedente policial cancelado. c') Sentencia penal absolutoria. d') Denegación en base a un informe del CESID no aportado al expediente. e') Residencia legal continuada. b) Derecho de asilo. a') Circunstancias actuales y vigentes. b') Persecución por razón de género.

1. CONSIDERACIONES PREELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2005, del Tribunal Constitucional desde la STC 240/2005, de 10 de octubre, a la STC 332/2005, de 15 de diciembre, y diversas sentencias de las Salas Primera y Tercera de Tribunal Supremo de ese mismo período.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En el primer trimestre de 2006 el TEDH ha dictado un total de 322 sentencias, con pocos asuntos, en esta ocasión, tachados de la lista. Sin embargo, y como viene siendo habitual en estas crónicas, un importante número de ellas significan condenas para distintos Estados por dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales, destacando en esta ocasión en particular Ucrania y Chipre. También, en menor número se constata la existencia de dilaciones en la puesta a disposición del juez de detenidos, especialmente en Polonia.

Continúa, por otra parte, la larga serie de violaciones cometidas por Turquía en el contexto de la lucha antiterrorista, que afectan al artículo 3, entre otros Yavuz contra Turquía, al artículo 5, por ejemplo, el caso İmret de 10 de enero, al 6 Budak y otros de 10 de enero y al 10, Halis Dogan y otros de 10 de enero.

De los restantes, siguiendo el orden del Convenio, destacamos las siguientes:

B) Derecho a la vida (artículo 2)

a) Deber de custodia de los detenidos por la policía y exhaustividad y rigurosidad de las autopsias

Ognyanova y Chocan contra Bulgaria, de 23 de febrero, analiza un caso en el que un detenido –un "roma"– fallece al día siguiente de caer por la ventana de un tercer piso de una comisaría de policía. La investigación policial concluyó que había saltado voluntariamente. La Corte recuerda que las personas en custodia policial están en una situación vulnerable y deben ser protegidas y que cuando una persona entra en esa situación con buena salud y muere las autoridades deben dar una explicación más allá de una duda razonable. Y estima que vistas las heridas del fallecido, la explicación no es verosímil, asimismo considera insuficiente la investigación realizada y concluye que no está claro si fue intencionalmente empujado o lanzado por la ventana o "puesto en una situación en la cual no tuvo otra opción". Por todo ello se estiman violados los artículos 2 y 3 CEDH.

El TEDH utiliza materiales de Derecho Internacional junto a la legislación nacional y diversos al Convenio Europeo para enjuiciar los hechos. En concreto un Protocolo de Naciones Unidas sobre modelos de autopsias que da unas líneas maestras sobre cómo deben realizarse estas actuaciones, y, entre ellas, la exhaustividad del informe para asegurarse de que no se omitan detalles importantes. Así como unos informes del Consejo de Europa sobre discriminación racial y violencia policial contra "Roma".

b) Recurso a la fuerza absolutamente necesario: relación de causalidad entre la fuerza utilizada para inmovilizar al detenido y la muerte

Scavuzzo-Hager y otros contra Suiza, de 7 de febrero. Los actores son respectivamente los padres y el hermano de un difunto, que murió al llegar al hospital tras ser previamente detenido y encontrarse bajo custodia al sufrir una fuerte crisis de nervios y lanzarse desde un vehículo policial. Los actores invocaban el derecho a la vida y denunciaban un uso desproporcionado de la fuerza por parte de los agentes de policía para rendirlo e inmovilizarlo, pese a que el detenido se encontraba física y psíquicamente desfallecido, y les reprochaban que no habían intentado reanimarlo o ayudarlo hasta que perdió el conocimiento. La Corte revisa la relación de causalidad entre la fuerza utilizada y la muerte, y concluyen que no es posible saberlo dada la ausencia de una adecuada investigación de los hechos por el Estado demandado. Por tanto, se considera violado el artículo 2 desde la vertiente de la obligación positiva de investigar suficientemente los hechos.

c) Suicidio de una persona mientras era conducido a comisaría. Inexistencia de vulneración sino previsible e investigación efectiva

En el asunto **Erikan Bulut contra Turquía, de 2 de marzo,** el Tribunal señala que no se lesionan los derechos de los artículos 2 y 3 del Convenio en el caso de que una persona arrestada que es conducida a una oficina y se arroja por las ventanas que no tenían ningún tipo de protección sino había motivos para pensar previamente que el arrestado quisiera suicidarse y luego se ha llevado a cabo una investigación efectiva.

C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

a) El uso de armas de fuego por la policía es una medida última

Tzekov contra Bulgaria, de 23 de febrero, enjuicia un caso en que una patrulla de policía utiliza, en una hora avanzada de la noche, armas de fuego en un control en la carretera ante un vehículo que no se detiene produciendo un herido grave.

Es interesante que la Corte trae a colación como "normas de referencia" (y casi diríamos que como "parámetro" de decisión), no sólo el Derecho nacional búlgaro, sino ciertos principios básicos de la ONU, adoptados el 7 de septiembre de 1990 en el octavo Congreso para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes, según los cuales los responsables de la aplicación de las leyes deben recurrir a medios no violentos

antes de usar armas de fuego, y esperar o asegurarse de que los mismos no produzcan el resultado esperado; en suma, se reclama un uso moderado de esas armas y en todo caso proporcionado a la gravedad de la infracción.

La Corte admite que, aunque el uso de la fuerza no sea definitivo y produzca la muerte, pueden enjuiciarse los hechos desde la perspectiva del artículo 2 CEDH, si la fuerza empleada era potencialmente mortal. Pero, concluye que, en este caso, una única herida en el dorso inflingida, los cartuchos especiales utilizados, y los disparos sobre todo a las ruedas, suponen una fuerza no de tal entidad. En cambio, estima violada la prohibición de tortura y de malos tratos (artículo 3 CEDH). El TEDH pondera que las leyes nacionales permiten a la policía el uso de armas de fuego sin tener en cuenta la gravedad de la infracción, lo que permitió a la policía disparar directamente al fugitivo y no como "medida última", lo que no garantiza suficientemente la integridad física de las personas; y asimismo que los dos ocupantes no iban armados ni suponían una amenaza a la policía. El uso de la fuerza no fue estrictamente necesario y proporcionado. Se estima también violado el artículo 3 en su vertiente positiva por la falta de una adecuada y suficiente investigación de los hechos por parte de las autoridades nacionales.

b) Condenas sucesivas a un objetor de conciencia

En **Ülke contra Turquía, de 24 de enero,** el Tribunal considera que las condenas sucesivas del recurrente por negarse a cumplir el servicio militar por razones de conciencia (8 sucesivas, con el riesgo de que sea objeto de una serie interminable)… significan una condena desproporcionada para asegurar el cumplimiento del servicio militar y se dirigen más bien a reprimir la personalidad del recurrente y a provocarle sentimientos de miedo, angustia, de vulnerabilidad y de humillación … la muerte civil es incompatible con un régimen de represión de una sociedad democrática … se trata de actos degradantes en el sentido del artículo 3.

c) Conducción de detenida para examen ginecológico que finalmente no se practica. Ausencia de nivel mínimo para su apreciación. Violación procedimental

En el asunto **Devrim Turan contra Turquía, de 2 de marzo**, el Tribunal aprecia que no constituyen tratos prohibidos llevar por tres veces a una detenida a un hospital para proceder a su examen ginecológico y rectal con la supuesta finalidad de evitar falsas acusaciones contra los policías, sin que finalmente se lleven a cabo ante su negativa, y sin que se llegue a emplear fuerza o conste signo alguno de violencia, pues, aunque ello le causara angustia, no alcanzaría el nivel mínimo que exigen los tratos vedados por el artículo 3. La Corte admite sin embargo vulneración procedimental del mismo precepto por falta de investigación efectiva.

d) Expulsión de un extranjero analizada desde los artículos 3, 8 y 34 de la Convención

Aoulmi contra Francia, de 17 de enero, analiza la expulsión de un ciudadano argelino, residente en Francia desde que tenía 4 años, en 1960, con seis hermanos franceses. Tiene

una condena en 1982 de 8 meses, otra en 1984 de seis meses, otra en 1989 de cuatro años y expulsión definitiva de Francia por un asunto de drogas. Casado con una francesa en 1989 y 1993 tiene una hija. Es nuevamente condenado en el año 1992 a 6 años por otro asunto de drogas. En el año 1994 enferma de hepatitis crónica. Al salir de la cárcel y a punto de ser expulsado presenta una demanda de asilo rechazada en el año 1999. El 19 de agosto es expulsado.

El recurrente alega, en primer lugar que su expulsión a Argelia implica vulneración del artículo 3 por el tratamiento que precisa su hepatitis y por las actividades de su padre como harki (soldado que lucho con los franceses), que le hacen temer represalias islamistas. La Corte considera que no ha probado que su enfermedad no pueda ser curada en Argelia, y que el hecho de que sea más fácil su curación en Francia no es determinante desde el punto de vista del artículo 3, y que en definitiva a la vista de su enfermedad (hepatitis crónica) no existe un riesgo real de que su envío a Argelia sea incompatible con el artículo 3. Afirma también que los elementos de persecución que aporta son "demasiado lejanos" teniendo en cuenta la evolución política del país.

Analiza a continuación las cosas desde el punto de vista del artículo 8 y considera que a pesar de la intensidad de los lazos personales del recurrente con Francia dada la gravedad de su conducta –tráfico de heroína– la medida de expulsión puede ser legítimamente adoptada y por tanto que no hay vulneración del artículo 8.

Por último, y constituye quizá la parte más interesante de la sentencia, analiza la posible vulneración del artículo 34 de la Convención derivada del hecho de que Francia no aceptó la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y considera que en efecto su envío a Argelia ha perjudicado el examen apropiado de las alegaciones del recurrente, y le ha impedido protegerse de violaciones potenciales de la Convención, por lo que considera que Francia ha violado el artículo 34.

D) Derecho al proceso equitativo (artículo 6)

a) Juicio penal en ausencia. Defecto legislativo estructural. Renuncia de la Gran Sala, en contra del criterio de la Sala, a dictar una "sentencia piloto"

En el asunto **Sejdovic contra Italia (Gran Sala), de 1 de marzo,** se trata de un ciudadano de la antigua Yugoslavia, residente en Alemania, a quien un juez instructor italiano ordena detener como sospechoso de un crimen en Italia. Es declarado fugitivo, se le juzga en rebeldía y es condenado, en ausencia, a 21 años y 8 meses de prisión por homicidio y tenencia ilícita de armas. En 1999, es arrestado en Alemania, Italia solicita su extradición pero se deniega al no garantizar las autoridades italianas que tendrá la oportunidad de reabrir y revisar su caso. El TEDH aprecia violación del artículo 6 en la Sentencia de 10 de noviembre de 2004 y afirma que hay un defecto sistemático en la legislación italiana respecto de la necesaria revisión judicial de las condenas de las personas condenadas en

ausencia. El Gobierno italiano recurre a la Gran Sala que dicta la sentencia que estamos comentando cuya doctrina es la siguiente:

Aunque el derecho del artículo 6 CEDH presupone tácitamente un derecho a ser oído del acusado, ello no impide la celebración del juicio en ausencia, si bien hay que asegurarle una revisión, tanto de los hechos como del Derecho, por un tribunal de los cargos contra él con todas las garantías, salvo en dos casos, que han de acreditarse: a) cuando el afectado hubiera renunciado, expresamente o de manera implícita pero inequívoca, a comparecer y defenderse, y ello con dos límites: han de existir las correspondientes garantías en proporción a la importancia de la renuncia y la renuncia no ha de ir en contra de "ningún interés público importante"; b) cuando haya pretendido eludir el juicio. En este caso el Tribunal considera que no existe la posibilidad real de reabrir y revisar la causa con plenitud, tanto en cuanto a los hechos como en cuanto al Derecho, lo que sucede por un defecto estructural en el sistema jurídico italiano. El tribunal valora que, a fecha de la sentencia, ya había una nueva legislación reformando la materia (Ley 60/2005), por lo que considera que habrá que esperar a que se desarrolle nueva jurisprudencia para valorar si ese defecto subsiste o no, y considera innecesario fijar medidas generales a escala nacional para dar cumplimiento a la sentencia en este caso. Renuncia, a diferencia de lo que hiciera la Sala, a dictar una "sentencia piloto" modalidad sentenciadora inaugurada en el caso "Broniowski c. Polonia", de 22 de junio de 2004 y cuyo uso ha sido una de las recomendaciones centrales de la Comisión de Expertos presidida por Lord Wolf en su reciente Informe final ya comentado en esta revista.

b) Costas excesivas para acceso al proceso judicial

Teltronic-Catv contra Polonia, de 10 de enero. Plantea un asunto interesante desde el punto de vista de acceso a los tribunales, derivado de las excesivas costas procesales requeridas para interponer un pleito civil. No deja de ser paradójico que un recurrente acuda a Estrasburgo a denunciar que no tenía medios para seguir un procedimiento judicial en Polonia…

E) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8)

a) El traslado de las cenizas de los maridos forma parte de la vida privada y/o familiar

Elli Polutas Dödsbo contra Suecia, de 17 de enero, analiza desde el punto de vista del derecho a la vida familiar, la negativa de las autoridades para trasladar las cenizas de su marido de un cementerio a otro. El tribunal parece admitir que forma parte del contenido del artículo 8.1 aclarando que no es preciso determinar si se trata de vida privada o familiar. La Corte sin embargo considera que las razones invocadas por las autoridades son suficientes, y afirma, entre otras cosas, que si la señora quiere estar con su marido siempre se puede enterrar donde él está, rechazando la supuesta vulneración.

b) Presunción irrefutable de paternidad

Mizzi contra Malta, de 12 de enero. La Corte considera que la imposibilidad práctica de disputar judicialmente la paternidad implica violación del artículo 6 y del derecho a la vida familiar.

c) Retraso en la concesión de residencia. Convenio Europeo y derecho comunitario

Aristimuño Mendizábal contra Francia, de 17 de enero, tiene un cierto interés adicional para nuestro país en cuanto se trata de la mujer de un dirigente de ETA extraditado a España, que entre 1976 y 1979 había sido refugiada política y que desde entonces obtenía simplemente resguardos de sus peticiones de residencia y no la residencia a la que tenía derecho, sin que existiera recurso frente a esa situación. La Corte entiende que el artículo 8 debe ser interpretado a la luz del derecho comunitario y que el retraso de 14 años para dotarla de un permiso de residencia no está previsto por la ley y constituye una vulneración del artículo 8 del convenio

d) Expulsiones de extranjeros contrarias al CEDH

Rodríguez da Silva y Hoogkamer contra Países Bajos, de 31 de enero. Los recurrentes son una madre brasileña y su hija nacida en holanda de padre holandés y nacionalidad de ese país. Se niega a la madre un permiso de residencia porque su estancia ha sido en todo momento ilegal. El padre de la niña, ya separado de la recurrente, y que tiene su patria potestad por su condición de holandés, a pesar de que de hecho vive con la madre, se niega a que la niña se vaya a Brasil. La Corte considera en definitiva que la expulsión va a imposibilitar un contacto regular de la madre con su hija que en el momento de la negativa de la residencia tenía tres años. Valora también el hecho de que la recurrente no ha cometido ningún delito, por lo que considera que en las circunstancias del caso no puede oponerse el bienestar económico del país como límite al artículo 8 y que a pesar del hecho de que la niña nació siendo su madre irregular en Holanda las autoridades debieron haberle otorgado la residencia.

Sezen contra Países Bajos, de 31 de enero. Se trata de un supuesto de expulsión de un turco casado con una residente permanente que puede ser considerada de segunda generación al haber llegado a Holanda con 7 años y con dos hijos nacidos en Holanda, condenado por haber dejado utilizar su casa como almacén de drogas en 1993. Está en prisión hasta 1995 y en 1997 se decide no renovarle su residencia. La Corte en esta ocasión da gran importancia al hecho de que ha cumplido su única condena, y que después ha obtenido un empleo y tenido un hijo más, manteniendo su relación familiar, por lo que considera que se ha producido vulneración del artículo 8.

F) Libertad de información (artículo 10)

a) Varios casos de vulneración por restricciones indebidas de la libertad de expresión e información

Yasar Kaplan contra Turquía, de 24 de enero. El recurrente escribe una serie de artículos sobre la influencia en el ejército turco de un grupo minoritario y heterodoxo del Islam llamado alevismo. Es detenido el 9 de marzo de 1998 por orden de un tribunal militar y liberado de forma provisional el 21 de abril. Es condenado a tres años de prisión con suspensión de la pena. Se aprecia vulneración del artículo 10.

Giniewski contra Francia, de 31 de enero. El recurrente publica un artículo a propósito de una encíclica papal en el que liga intelectualmente el holocausto judío y el cristianismo. Demandado por la "Alianza general contra el racismo y por el respeto de la identidad francesa y cristiana" como autor de un delito de difamación contra la comunidad cristiana es condenado penalmente como autor de un delito de difamación pública de la comunidad de creyentes y a una indemnización civil de un franco y la publicación de la decisión en un periódico de audiencia nacional, y aunque en principio la indemnización de un franco y la publicación de la sentencia no parecen demasiado restrictivas de la libertad de expresión, sin embargo la mención a la existencia de un delito de difamación lo es, por lo que hay vulneración del artículo 10.

Albert-Engelmann-Gesellschaft mbh contra Austria, de 19 de enero. Publicación cristiana progresista que critica al Vicario general de la archidiócesis de Salzburgo y profesor de derecho canónico por su actitud durante la elección del obispo, que inicia un procedimiento por difamación. Es condenado al pago de 2.180 euros, más las costas y a la publicación de la sentencia. Vulneración del artículo 10: no puede considerarse que las referencias al vicario realizadas en el contexto de un debate eclesiástico sean ataques personales gratuitos.

Goussev y Marenk contra Finlandia, de 17 de enero y **Soini y otros contra Finlandia,** de la misma fecha. Dos casos de incautación de panfletos en su casa en los que se criticaba a un gran almacén por vender abrigos de piel que la Corte considera que no es una medida prevista por la ley, por lo que existe vulneración del artículo 10.

En el asunto **Ozgur Radyo-se Radyo Televisión Yayin Yapim contra Tanitim As contra Turquía, de 30 de marzo,** se considera que ha habido violación del artículo 10 CEDH por 3 advertencias y 2 suspensiones de una emisora privada de radiodifusión por incitar a la violencia, al terrorismo y a la discriminación étnica y fomentar el odio. El Tribunal afirma que los programas que motivaron dichas medidas –y que trataban temas tales como la corrupción, los métodos empleados por las fuerzas de seguridad para combatir el terrorismo y los vínculos entre el Estado y la mafia– eran a veces acerbos y hasta hostiles, pero se referían a temas de gran interés público y no puede considerarse que animaran al uso de la violencia, a la resistencia armada o a la insurrección ni eran tampoco *hate speech*, y las sanciones eran además desproporcionadas al fin perseguido en las circunstancias del caso.

Por último y por la relevancia del personaje, merece la pena destacar el Caso **Odabasi y Kocack contra Turquía, de 21 de febrero**. El actor fue condenado penalmente –dos años y seis meses– por publicar un libro en el que –se decía– se difamaba la memoria de Kamala Atatürk como fundador de la República, en particular, se reprochaba al "kemalismo" las muertes y encarcelamientos, la actitud hacia la religión y se minimizaba la redacción de la letra del himno nacional. La Corte reitera la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática incluso cuando afecta a opiniones o juicios de valor chocantes, y analiza si la ingerencia es una medida necesaria en una sociedad democrática. Reconoce que Atatürk es un personaje emblemático de la Turquía moderna y el derecho del Gobierno demandado a que los sentimientos nacionales no sean atacados, pero pondera también que el libro no incita al odio ni a la violencia y que las afirmaciones se refieren antes al "kemalismo" que al patriota y, en consecuencia, estima la medida desproporcionada.

b) Y un supuesto en que la condena no implica vulneración

Stângu y Scutelnicu contra Rumanía, de 31 de enero. Se trata de un artículo de prensa sobre la dimisión de un policía, acompañado de su foto, al que acusa de corrupción económica. El policía y su mujer inician un procedimiento por difamación. El tribunal nacional constata que no se ha probado la veracidad de las afirmaciones y condena a los recurrentes al pago de 831 euros a cada uno de ellos. El TEDH recuerda que las garantías que el artículo 10 ofrece a los periodistas están subordinadas a la condición de que los interesados actúen de buena fe, de manera que elaboren informaciones exactas y dignas de crédito, respetando la deontología periodística. Sin embargo en el artículo se afirma que el policía y su mujer habían desviado importantes fondos públicos a un banco privado en su propio beneficio, y que en ningún momento de los procedimientos internos han tratado de aportar una base fáctica a estas afirmaciones, sino que, por el contrario, han demostrado una falta manifiesta de interés por su el proceso, y no han aportado el menor elemento probatorio susceptible de apoyar sus alegaciones. Por todo ello considera que no hay violación del artículo 10.

G) Libertad de asociación (artículo 11)

a) No inscripción de partido político

Siguiendo la línea dictada en las sentencias anteriores sobre la Organización Ilinden el 2 de octubre de 2001 y el 20 de octubre de 2005, ya comentadas en esta revista, también en esta ocasión en el caso de la **Organización Ilinden y otros contra Bulgaria, de 19 de enero,** el Tribunal reitera que la negativa a la inscripción de un partido político nacionalista macedonio es desproporcionada.

b) Necesidad de autorización para viajar al extranjero los miembros de una asociación

En el asunto **Izmir Savas Karsitlari Dernegi y otros contra Turquía, de 2 de marzo,** la Corte considera contrario al CEDH la necesidad de que los miembros de las asociaciones

que son invitados como tales al extranjero, y los extranjeros invitados a Turquía, requieran una autorización especial por parte del gobierno.

H) Libertad sindical (artículo 11 CEDH)

a) Derecho de los funcionarios y contratados por el Estado de fundar sindicatos

Tüm Haber Sen y Çınar contra Turquía, de 21 febrero de 2006, analiza un caso de violación de la libertad de asociación en sindicatos. Se trata de un sindicato que llegó a tener 40.000 asociados y que fue suspendido y luego disuelto por el Gobierno alegando que, según la Constitución y las leyes, los funcionarios no pueden fundar sindicatos. Los actores invocaban la aplicación del Derecho Internacional de relevancia en la materia y, en particular, los convenios de la OIT sobre libertad sindical que reconocen el derecho a todos los trabajadores. El TEDH recuerda que la libertad sindical forma parte esencial de la libertad de asociación que se reconoce a toda persona para la defensa de sus intereses (artículo 11.1 CEDH) y que el Convenio no hace en ese precepto excepciones para los Estados como empleadores ya sea para sus funcionarios o contratados laborales; antes bien el apartado 2º sólo permite imponer "restricciones legítimas" al ejercicio del derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado y estas limitaciones deben interpretarse de forma estricta, teniendo los Estados un margen de apreciación nacional reducido. A la vista de estas normas, se concluye que la ingerencia, una interdicción absoluta de fundar sindicatos tanto para los funcionarios como para los contratados, fue ilegítima o injustificada, pues no había una necesidad social imperiosa, una verdadera amenaza para una sociedad democrática, que la justificara.

b) Acuerdos de monopolio sindical. Aplicación de la carta de Derechos de la Unión Europea

En los asuntos **Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca, ambos de 11 de enero**, los recurrentes alegan que la existencia de acuerdos de monopolio sindical en sus ramas profesionales respectivas implica vulneración del artículo 11 de la Convención; libertad de asociación. El tribunal constata efectivamente que han sido obligados a afiliarse a un sindicado y que este hecho afecta a la esencia misma de la libertad de asociación del artículo 11 y aprecia la vulneración. La sentencia es importante porque aplica el derecho comunitario y la carta de derechos de la Unión Europea para llegar a esa conclusión ... rompiendo una tradición sindical en Dinamarca.

I) Derecho a la instrucción (artículo 2 P1). Incluye el derecho a ser admitido en la educación universitaria

Múrsen Eren contra Turquía, de 7 de febrero, estima violado el derecho a la instrucción (artículo 2 P1) del recurrente con el único voto disidente del Magistrado de esa nación. Una garantía que no ha dado lugar a muchos casos. El actor no pudo acceder a la enseñanza universitaria de su elección, pese a que superó brillantemente los exámenes de entrada, en virtud de una medida académica que estima arbitraria y según la cual se anularon los resultados de un sofisticado examen por ordenador a la vista del elevado éxito en las respuestas y presumiendo o "sospechando" el consejo académico que había copiado.

La Corte afirma que ese grado de la enseñanza viene también protegido también por el Convenio y pasa a revisar la discrecionalidad del consejo académico, afirmando que si las autoridades ignoran las regulaciones legales ignoran tal derecho. El Magistrado disidente afirma que no se pudo violar el derecho a la instrucción universitaria porque el recurrente no alcanzó las condiciones de entrada e invoca el margen nacional de apreciación de los hechos por parte de las autoridades académicas y judiciales turcas que la Corte –dice– no debe interferir.

J) Derecho a elecciones libres

a) Privación del sufragio a quebrados

En los asuntos **Campagnano, Albanese y Vitiello,** todos ellos **contra Italia** y **de 23 de marzo** se aprecia vulneración del derecho de sufragio por un Decreto que prevé la privación de dicho derecho a un quebrado durante el procedimiento de quiebra (hasta un máximo de cinco años), pues persigue una finalidad aflictiva, pero se impone por la mera insolvencia completamente al margen de toda culpabilidad o de la comisión de una infracción. Además, desde otro punto de vista, afirma que las restricciones a su capacidad personal (no puede ser tutor, ni administrar una sociedad…) y la ausencia de cualquier valoración o control judicial con carácter previo, así como el plazo previsto para la rehabilitación, conllevan una vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH.

b) Depósito para ser candidato en elecciones

En el asunto **Sukhovetskyy contra Ucrania, de 28 de marzo,** se aprecia que no vulnera el artículo 3 del Protocolo núm. 1 la exigencia de depositar una determinada cantidad de dinero (el equivalente de 218 euros) para ser candidato en unas elecciones parlamentarias (se devolvería a los que resultaran victoriosos), pues persigue la finalidad de asegurar una representación efectiva y racional, desanimando a candidatos frívolos, y de evitar los gastos irrazonables de fondos públicos (debido a la participación del Estado en los gastos de campaña de los candidatos con fines igualitarios), lo que son fines legítimos. Además, la cantidad exigida se considera proporcionada, y resulta una de las más bajas en Europa (se contiene un análisis de Derecho comparado al respecto), y ello a pesar de que los ingresos anuales del recurrente, y del 80% de la población eran inferiores a esa cantidad.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24.1 y 2)

a) Acceso a la jurisdicción: legitimación activa de las asociaciones de empresarios

La **STC 73/2006, de 13 de marzo,** Sala Segunda, concede el amparo a una Asociación y una Federación empresarial por considerar que se les ha aplicado de forma rigorista

la causa de inadmisión "falta de legitimación activa". El TSJ de Andalucía inadmitió a trámite la impugnación de una Orden de la Junta de Andalucía al considerar que los demandantes únicamente actuaban en defensa de los intereses de los usuarios –caso en el que efectivamente carecerían de legitimación activa–. Un análisis detallado del escrito de impugnación permite constatar que también actuaron en defensa de sus intereses propios y de los de las empresas asociadas a las mismas, para los que sí estaban legitimados activamente. En aplicación de reiterada jurisprudencia constitucional se considera que las Asociaciones cuentan con legitimación activa en el orden contencioso-administrativo cuando tienen un interés legítimo en relación con la actividad administrativa que se pretende impugnar, caracterizado por un "interés profesional o económico" y un "vínculo (...) entre la organización o Asociación actora y la pretensión ejercitada".

b) Acceso a la jurisdicción: interposición de recurso contencioso-administrativo ante órgano incompetente

La **STC 63/2006, de 27 de febrero,** Sala Primera, citando las SSTC 44/2005 (comentada en el número 28 de esta misma revista), 147/2005 y 323/2005, destaca que el artículo 7.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene un principio de favorecimiento de la acción y de conservación de los actos procesales inherente al derecho a la tutela judicial efectiva que permite la subsanación del defecto procesal consistente en interponer un recurso ante un órgano incompetente, sin que contemple excepción alguna, de manera que si bien el artículo 24.1 CE no puede ser invocado con éxito para convalidar conductas negligentes, para que un órgano jurisdiccional inaplique el artículo 7.3 LJCA se requiere una motivación suficiente de la presencia de tal negligencia, lo que no aparece en el caso presente.

c) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo

El TC mantiene –en las **STC 14/2006, de 16 de enero, y STC 39/2006, de 13 de febrero** (ambas dictadas por la Sala Segunda)– su anterior jurisprudencia de que el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en el plazo legalmente previsto el acto presunto. Se citan como precedentes las SSTC 6/1986, 204/1987, 63/1995, 188/2003 y 220/2003 (estas dos últimas comentadas en *JA*, núm. 23).

El problema se centra en la interpretación que deba darse al artículo 46.1 LJCA, según el cual el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de seis meses (dos meses es el plazo frente a actos expresos) y se contará a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Para el TC cuando se computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, se está transformando en una posición procesal de ventaja lo que es –en su origen– el incumplimiento del deber de la Administración de dar respuesta expresa a las solicitudes de los ciudadanos, y propone relacionar el inicio del cómputo del plazo de 6 meses previsto en el artículo 46.1 LJCA con el párrafo segundo del artículo 42.4 LRJPAC, donde se establece que la Administración deberá informar "a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los

procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación". En tanto las Administraciones públicas no informen a los interesados de las citadas condiciones no empiezan a correr los plazos para la interposición de los recursos.

Hay un voto particular a la STC 14/2006 –que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas y al que se adhiere doña Elisa Pérez Vera– que trata de rebatir algunos de los argumentos utilizados por la mayoría de la Sala. Se defiende que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han realizado la única interpretación posible del artículo 46.1 LJCA y que el TC debió –si hay contradicción con el artículo 24.1 CE– elevar una autocuestión de inconstitucionalidad. Sobre el fondo del asunto, cree que no se vulnera el derecho a acceder a la justicia porque la Ley prevé un recurso posible que se frustra por la falta de diligencia del recurrente.

d) Acceso a los recursos: requisitos para la existencia de error patente

La **STC 64/2006, de 27 de febrero,** Sala Primera, recuerda la reiterada jurisprudencia recaída en casos de inadmisión de recursos legalmente previstos basados en error patente. El error debe ser determinante de la decisión adoptada, la equivocación atribuible al órgano judicial, que el error debe ser inmediatamente verificable a partir de las actuaciones judiciales y que ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano.

e) Derecho a las pruebas pertinentes en procesos de extradición. Indicios de persecución política

La **STC 49/2006, de 13 de febrero,** Sala Primera, estima el recurso presentado por un ciudadano albanés reclamado por su Estado para su juicio por asesinato. El TC considera que puede apreciarse razonablemente la existencia de indicios de persecución política. Se presentaron –además de recortes de prensa y una carta de su madre– otra carta del ex presidente del Parlamento albanés sobre su situación y un informe de la organización internacional Human Rights Watch. A la vista de tales indicios, debió admitirse la práctica de las diligencias de prueba propuestas.

B) Derecho a la intimidad (artículo 18)

a) La inviolabilidad del domicilio ampara una casa de ejercicios espirituales (artículo 18.2)

STC 74/2006, de 13 de marzo, Sala Primera. En este caso estaba en juego la aplicación de tipo penal de robo agravado previsto en el artículo 241 del Código Penal, que requiere que el lugar de los hechos sea "casa habitada". La Audiencia Provincial de Madrid aplicó

el citado artículo 241, discrepando de la sentencia de instancia, al considerar que la casa de ejercicios espirituales donde se produjeron los robos (en concreto en el despacho de su director) merecía el calificativo de "casa habitada". El condenado interpone el amparo que el TC desestima, entendiendo constitucionalmente legítima la interpretación de la Audiencia ya que se trata de la residencia permanente de la comunidad religiosa y, ocasionalmente, de otras personas, y por consiguiente había una relación directa del edificio con la intimidad domiciliaria y personal de sus habitantes.

b) Plazo estricto de las intervenciones telefónicas (artículo 18.3)

La **STC 26/2006, de 30 de enero**, Sala Segunda, estima parcialmente el amparo al entender vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. El TC reitera su conocida doctrina acerca de la insuficiente cobertura legal de las intervenciones telefónicas (STC 184/2004) y de las estrictas exigencias que su realización supone. En este caso, la vulneración se produce porque se mantuvo la intervención una vez expirado el plazo de un mes determinado en la fecha de la resolución judicial que la autorizó. Las conversaciones grabadas tras finalizar el plazo no pueden desplegar efectos probatorios.

C) Derecho a la información (artículo 20)

a) Limitación legítima del derecho a recibir información en el ámbito penitenciario

STC 11/2006, 16 de febrero, Sala Primera. Se deniega el amparo a un preso, condenado por delitos de terrorismo, a quien no se entregaron varios números de la revista *Kale Gorría*, publicación vinculada al entorno aberzale. El TC entiende proporcionada la retención aludida para evitar riesgos para la seguridad del centro, de los trabajadores y del tratamiento individualizado del destinatario. Hay, pues, una finalidad constitucionalmente legítima y la medida para conseguirla era proporcionada. También se ha incumplido el juicio de necesidad pues no había medida alternativa.

b) Reportaje neutral y veracidad de la información periodística

STC 53/2006, de 27 de febrero, Sala Segunda. Se estima el amparo interpuesto por el director del diario *El Mundo* y por otro de sus periodistas, así como por la empresa editora contra las sentencias que les condenaron por lesión del derecho al honor. El caso se origina en una información aparecida en el citado diario con el título "Familiares de la cúpula judicial cántabra operaron de forma irregular con Intra (Corporación Financiera), según su contable". El origen de la información fueron los disquetes recibidos de forma anónima en el periódico que contenían supuestamente la contabilidad de Intra. En el artículo periodístico se cita al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y a su esposa, quienes obtuvieron sentencia condenatoria de los ahora recurrentes en amparo por lesión de su derecho al honor, sentencia que fue confirmada, primero, por la Audiencia Provincial de Madrid y, después, por el Tribunal Supremo.

El TC aplica su consolidada doctrina al caso planteado. Para comenzar recuerda que no se cuestionó en ningún momento el interés público de la información ofrecida. A

pesar de que el artículo, como induce a pensar su título, se presenta como un reportaje neutral en el que el diario se hace eco de las declaraciones del antiguo contable de Intra, identificando, pues, al responsable de las mismas, no se cumple el segundo requisito exigido por la doctrina del TC para hablar de un reportaje neutral ya que no se reproduce algo en cierto modo conocido, sino que fue el periódico el que tuvo la iniciativa de ofrecer como noticia algo hasta entonces desconocido. Siendo, pues, imputable la información al periódico, el TC entra a analizar la veracidad de la información. Para el TC, el diario contrastó esa veracidad con la persona adecuada: el contable de la empresa con el que contrastó no toda la contabilidad sino unos pocos datos en ella recogidos. También se puso en contacto con la señora Polanco, una de las afectadas, y el desmentido de ésta fue recogido acompañando al resto de la información. El contable es, a juicio del TC, fuente de información fiable, y ello a pesar de estar encausado por supuesto robo de la contabilidad y haber sido despedido de la empresa. Se cumplió, pues, el deber de diligencia periodística ya que se hizo uso de las posibilidades efectivas de contrastar la información y porque la fuente era fiable.

c) Libertad de información de Secretario de Estado

STC 69/2006, de 13 de febrero, Sala Segunda. El TC desestima el amparo del hoy Presidente del Parlamento Europeo, don José Borrell, interpuesto contra la sentencia que confirmó su condena civil por lesión del derecho al honor. Los hechos tuvieron lugar cuando el recurrente era Secretario de Estado de Hacienda, y en rueda de prensa dio cuenta de unos expedientes disciplinarios que se habían abierto a dos funcionarios de ese Ministerio, conectándolos con graves irregularidades. Aunque no daba sus nombres, ofrecía referencias que permitieron a varios medios de comunicación identificarlos. Para el TC la información no fue veraz pues enlazó un expediente disciplinario por hechos de importancia menor con otros claramente delictivos y aunque no dio nombres sí ofreció indicios para su identificación. También es relevante para el TC la alta condición de quien brindó la información: un Secretario de Estado ejerciendo sus funciones. Se desestima el amparo.

D) Potestades de calificación de las Mesas parlamentarias (artículo 23.2)

STC 78/2006, de 13 de marzo, Sala Segunda. La Mesa del Parlamento de Andalucía inadmitió sendas propuestas no de ley promovidas por el grupo parlamentario del PP en las que se pedía que el Pleno manifestara su rechazo a las manifestaciones del Presidente de los socialistas catalanes, don Pascual Maragall, en las que éste cuestionaba el mal uso que ciertas regiones, entre ellas Andalucía, harían de las aguas trasvasadas del Ebro. Los dos argumentos que la representación del Parlamento de Andalucía ha esgrimido para justificar la inadmisión de las citadas propuestas no se sostienen ya que la apreciación de lo que sea o no de interés público corresponde hacerla al Pleno, y tampoco el respeto a la libertad de expresión de un ciudadano (aunque sea en ejercicio de actividades políticas) justifica la inadmisión. Falta, pues, una motivación suficiente en los acuerdos de la Mesa que justifique la restricción del ejercicio de la facultad de presentar propuestas, incardinada

en el contenido del derecho fundamental de los parlamentarios en su vertiente de *ius in officium*. La Mesa desbordó, a juicio del TC, su cometido de mera calificación y tomó decisiones que correspondían al Pleno. Se estima el amparo.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Igualdad (artículo 14)

a) Exigencia de conocimiento de lengua autonómica y acceso a función pública

La **STS de 6 de marzo de 2006**, Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva, examina el recurso de casación deducido por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia del TSJC que declaró nulo el artículo 5.3.3 del Decreto 49/2001, de 6 de febrero, sobre provisión interina de plazas de los Cuerpos de Médicos Forenses, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia en Cataluña, que exigía para acceder a la bolsa de auxiliares interinos el certificado del nivel C de catalán o equivalente, al considerar que la exigencia era un requisito desproporcionado que infringe los artículos 14 y 23.2 CE. La Generalidad alegaba que el certificado oficial de nivel C es necesario para el desempeño de funciones que corresponden a auxiliares, en particular, en la trascripción de textos y es coherente con el derecho de los ciudadanos de Cataluña a dirigirse a la Administración de Justicia en la lengua oficial que escojan así como con el correlativo deber de disponibilidad lingüística de la Administración. El TS desestima la casación por cuanto la Generalidad no ofrece ningún argumento que justifique que el certificado de nivel C es necesario para el correcto cumplimiento de las funciones de auxiliar.

b) Equivalencia de certificados de conocimiento de valenciano y catalán

La **STS de 15 de marzo de 2006,** Ponente Sr. Maurandi Guillen, estima el recurso de casación frente a la Sentencia del TSJV que desestimó el recurso deducido por varias entidades contra una Orden de la Generalidad Valenciana, derogando una anterior que convalidaba los certificados de conocimiento de valenciano a los de catalán, derogación que es considerada discriminatoria por los recurrentes. El TS reitera la doctrina de la STC 75/1997 acerca de que el problema de si son o no diferentes el valenciano y el catalán no tiene una solución normativa y ha de ser considerado como un problema ajeno al Derecho que tiene su sede natural en el ámbito científico o académico. Y añade que correspondía a la Generalidad la carga de señalar las razones de índole científico y académico que justificaban la supresión de las convalidaciones debatidas, y que al no aportarse tal justificación y apartarse de la solución presente en la normativa de educación del Estado, debe acogerse la vulneración del principio de igualdad (...)

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18.CE)

a) Derecho al honor. Personas jurídicas. Expresiones vejatorias

La **STS de 23 de febrero de 2006,** Sala de lo Civil, ponente Jesús Corbal Fernández, resuelve un conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor,

entendido como prestigio profesional de una persona jurídica. El conflicto aparece cuando el Ayuntamiento de Lepe envía un comunicado al diario *La Voz* de Huelva en el que afirma ser objeto de amenazas por parte del diario *Huelva Información*, que le habría exigido el pago mensual de una determinada cantidad a fin de asegurar que no se publicaría nada negativo del consistorio. El TS considera que la libertad ha de prevalecer sobre el derecho al honor en cuanto la información es de relevancia pública y veraz, y que si bien el comunicado del Ayuntamiento contenía expresiones que tomadas aisladamente podrían considerarse injuriosas o vejatorias, analizadas a la luz de la información comunicada, sufren una descarga valorativa debilitándose su significación ofensiva. Por todo ello considera que no se ha vulnerado el derecho al honor del diario *Huelva Información*.

b) Derecho a la propia imagen: noción de caricatura

La **STS de 7 de marzo de 2006,** Sala de lo Civil, ponente Francisco Marín Castán, resuelve que la publicación en una revista de un fotomontaje en el que aparecía el rostro de una persona con el cuerpo desnudo de otra no puede ser considerada una caricatura de acuerdo a los usos sociales en el sentido del artículo 8.2.b) de la LO 1/1982.

C) Acceso y permanencia en cargos públicos representativos (artículo 23.2)

a) Derecho a obtener información para el ejercicio de funciones inherentes al cargo público

STS de 31 de enero de 2006, Ponente Sr. Maurandi Guillen. El TS afirma que el reconocimiento que se hace en el propio recurso de que el Concejal no tuvo a su disposición durante los minutos inmediatamente anteriores a la celebración del Pleno la documentación correspondiente al orden del día, es suficiente para ratificar la interpretación de la Sala de instancia de que era necesario un período temporal para acceder a la información para participar en el debate y votación.

b) Impugnabilidad de la falta de convocatoria de Concejal a una Comisión Informativa

La **STS de 20 de marzo de 2006**, Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva, examina la decisión del TSJ de Madrid que inadmite a trámite la impugnación por un Concejal contra la celebración de una Comisión Informativa de Urbanismo de un Ayuntamiento a la que no fue convocado. El TSJM considera que la convocatoria 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, pues lo recurrible serían los hipotéticos acuerdos que se adoptasen. El TS estima el recurso argumentando que la no convocatoria produce por sí misma efectos en la esfera jurídica de ese concejal porque supone impedirle participar en ella, y afirma que el razonamiento de la Sala de instancia no es aceptable porque lo que se está invocando es un derecho no a que se tome una determinada decisión, sino a ejercer las funciones

propias de un cargo público representativo del que es titular por voluntad de los electores del municipio.

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

a) Investigación de la paternidad. Legitimación activa

La **STS de 2 de febrero de 2006**, recurso 1094/2001, ponente Román García Varela, aplica la jurisprudencia del TC que considera inconstitucional el artículo 133 del Código Civil, en virtud del cual, el padre biológico no puede ejercitar una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial sin posesión de estado. El TS reitera su jurisprudencia en virtud de la cual este artículo debe interpretarse de forma flexible –STS de 23 de marzo de 2002– y señala, además, que el TC ha declarado inconstitucional recientemente el artículo citado –STC 273/2005– al considerar que el interés del hijo no puede suponer la privación del derecho a la tutela judicial del padre (artículo 24 CE) y, por tanto, la imposibilidad de investigar la paternidad (artículo 39.2 CE). El TS considera que procede realizar una interpretación amplia de los artículos 133 y 134 del Código Civil de modo que puesto que el artículo 134 legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le habilitaría para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. El TS adecua así el ordenamiento a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad llevada a cabo por el TC.

b) Módulos judiciales. Necesidad de examen individualizado de los asuntos que se someten a la consideración judicial

Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del TS de 3 de marzo de 2006, Ponente Sra. Robles Fernández, por las que se anula el Reglamento 2/2003. En estas cinco Sentencias, que cuentan con varios votos particulares, la Sala Tercera considera que el sistema de módulos establecido para la determinación de las retribuciones variables de Jueces y Magistrados no resulta compatible con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que exige un examen individualizado de los asuntos que se someten a la consideración judicial. Al no establecerse en el sistema de módulos tal valoración individualizada de la labor judicial en cada proceso, se acuerda la anulación del Reglamento.

E) Extranjería

a) Nacionalidad

a') Condena penal en país de origen no cumplida

En la **STS de 1 de febrero de 2006**, Ponente Sr. Herrera Pina, se analiza un supuesto de denegación de la nacionalidad española a un nacional italiano con condena pendiente en su país por homicidio. Tras reiterar la doctrina sobre el concepto de buena conducta cívica, el TS concluye que la valoración de las circunstancias concurrentes realizada por la Sala de instancia resulta adecuada, pues, en definitiva, el demandante no ha saldado sus deudas con la sociedad italiana.

b') Antecedente policial cancelado

En la **STS de 11 de enero de 2006,** Ponente Sra. Robles Fernández, la Sala Tercera del TS desestima el recurso de casación frente a la SAN que declara el derecho de la recurrente a la obtención de la nacionalidad española. En la resolución inicialmente impugnada, la Administración deniega la solicitud por no haber justificado suficientemente la buena conducta cívica, ya que la actora fue detenida por la policía en 1994 por tráfico de drogas. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre el concepto de buena conducta cívica a efectos de adquisición de nacionalidad y refiere que ha de ser valorado mediante el examen conjunto de la trayectoria personal del solicitante, ponderando que la actora es casada con español desde 1993, cuenta con permiso de residencia desde 1994, con trabajo como empleada de hogar, carece de antecedentes penales y el único antecedente policial de detención, que dio lugar a un procedimiento judicial fue sobreseído al no haber quedado acreditada su participación en hecho delictivo alguno, antecedente policial que además fue cancelado. Se estima que tal antecedente, que aparece como un elemento aislado, carece de virtualidad suficiente para entender no cumplido el concepto de buena conducta cívica.

c') Sentencia penal absolutoria

STS de 8 de febrero de 2003, Ponente Sr. Puente Prieto. En esta ocasión el TS estima el recurso de casación afirmando que la resolución denegatoria de la nacionalidad no puede justificarse en antecedentes judiciales que finalizaron con sentencia absolutoria.

d') Denegación en base a un informe del CESID no aportado al expediente

En la **STS de 11 de enero de 2006**, Ponente Sr. Herrero Pina, se desestima el recuso deducido por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que anula la resolución administrativa que denegó la nacionalidad al demandante "por razones de orden público o interés nacional que concurren en el caso en atención al círculo de relaciones y las actividades de la peticionaria".Tal afirmación se fundamenta en un informe del CESID que no se aportó al expediente y cuyo contenido no se conoce, siendo éste el único obstáculo al reconocimiento de la nacionalidad. El TS recuerda su doctrina (STS 24 de noviembre de 2004) de que "la Administración se encuentra constitucionalmente sujeta al control por el Poder Judicial de todas las manifestaciones de su actuación y no podría ejercerse ese control si la mera negativa de la Administración pudiera impedir conocer las razones que han determinado la desestimación del otorgamiento de la nacionalidad".

e') Residencia legal continuada

La **STS de 7 de febrero de 2006**, Ponente Sr. Lecumberri Martí, estima el recurso de casación frente a la denegación de la concesión de nacionalidad por no haber acreditado residencia legal continuada durante diez años, en particular, del período que transcurre

desde agosto de 1988 hasta diciembre de 1990. El TS considera que la razón en la que se sustenta la denegación es que durante dicha época carecía de permiso de trabajo. El TS declara que la Sala de instancia infringió la letra y el espíritu del artículo 57 de la Ley 30/1992 que excepcionalmente atribuye efectos retroactivos a los actos que produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hechos necesarios existieran en la fecha en que se retrotraiga la eficacia del acto. En el caso enjuiciado el interesado solicitó en agosto de 1988 la renovación del anterior permiso de trabajo, solicitud inicialmente desestimada por resolución de agosto de 1990, si bien, tras el oportuno recurso, finalmente, fue concedido en acuerdo de diciembre de 1990. Por tal razón se estima cumplido el requisito sobre la residencia legal continuada.

b) Derecho de asilo

a') Circunstancias actuales y vigentes

La **STS de 9 de diciembre de 2005,** Ponente Sr. Cancer Lalanne, contiene una discutible interpretación del momento temporal en el que deben ser apreciadas las circunstancias del país de origen de los solicitantes de asilo, que, considera, deben ser los del momento de la solicitud y no los actuales pues "de otro modo, podría abrirse la puerta a una desnaturalización fraudulenta de la institución que condujera a la pérdida de su operatividad, ya que bastaría dilatar en el tiempo su tramitación y resolución del expediente a la espera de un futuro cambio de circunstancias en el país de origen del solicitante para frustrar su finalidad protectora". De prosperar esta interpretación España se vería obligada a seguir otorgando asilo a pesar de haberse normalizado la situación en el país de origen del solicitante, lo que no parece casar con la exigencia de que las circunstancias sean "actuales y vigentes", presente en la Convención de Ginebra, teniendo en cuenta, además que esa normalización es una causa de cesación en el estatuto internacional.

b') Persecución por razón de género

A pesar de no tratarse de una Sentencia del Tribunal Supremo, sino de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, nos ha parecido interesante incluir en esta crónica la **SAN de 24 de marzo de 2006**, que analiza un supuesto en que se invoca persecución por motivos de género con fundamento en la ablación practicada a la demandante en su país de origen (Nigeria). El criterio mayoritario rechaza el reconocimiento del derecho de asilo y concede la permanencia de la demandante en España por "motivos humanitarios". En el voto particular discrepante se sostiene la procedencia del asilo por apreciar la existencia de una persecución por las razones de género invocadas.

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. Bases. La evaluación de impacto ambiental no forma parte de la competencia autonómica en materia de gestión o ejecución del medio ambiente. 3. Ley Orgánica: Objeto de la reserva en relación con el derecho de asociación; articulación de dicha reserva con el ejercicio de competencias autonómicas en la materia. 4. Ley. A) Reserva de ley en materia de derechos fundamentales (artículo 53.1 CE): se admite el desarrollo reglamentario para su aplicación y en relación con aspectos procedimentales. B) Reserva de ley en materia penal y sancionadora (artículo 25.1 CE). a) No cabe apreciar la vulneración del artículo 25.1 CE ya que la conducta realizada se corresponde con los requisitos del tipo penal aplicado. b) La vulneración del principio de previsibilidad determina la del artículo 25.1 CE. c) El principio de retroactividad de la Ley penal más favorable no forma parte del contenido del artículo 25.1 CE. d) Las leyes que regulan la extradición y la euroorden no son leyes penales ni sancionadoras por lo que no les son aplicables los principios del artículo 25.1 CE. e) El artículo 25.1 CE garantiza tanto un ámbito material (principio de tipicidad) como formal (principio de reserva de ley). f) La falta de acreditación de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable impide considerar vulnerado el artículo 25.1 CE. C) Reserva de Ley en materia tributaria: las tarifas portuarias son prestaciones patrimoniales de carácter público. D) Ley de Presupuestos: las normas presupuestarias pueden vulnerar el régimen de distribución de competencias. **5. Decreto Legislativo: Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de preceptos de un texto refundido. 6. Reglamento.** A) Distinción entre convenio colectivo y norma reglamentaria. B) Ordenanzas municipales. a) Ordenanzas sobre la instalación de antenas de telefonía móvil: competencia municipal si bien debe respetar la normativa autonómica o estatal. b) Ordenanza reguladora de instalaciones publicitarias: irrazonabilidad y carácter discriminatorio de la prohibición de actividades de publicidad estática para la protección del paisaje urbano. c) Ordenanza municipal sobre la Prestación de Servicios Funerarios: vulneración del principio de jerarquía nor-

mativa. C) Requisitos para la interposición de un recurso de amparo contra reglamentos. **7. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad en la ley. a) No hay discriminación si la diferencia de trato es idónea, necesaria y proporcionada. b) No hay discriminación si la diferencia se produce como consecuencia de la sucesión de normas en el tiempo; no se vulnera el artículo 14 CE si el trato desigual se fundamenta en elementos objetivos establecidos en virtud del artículo 31.1 CE. c) No hay discriminación si no cabe aportar términos de comparación homogéneos para justificarla. B) Principio de igualdad en la aplicación de la ley. a) Si no se acredita la existencia de un *tertium comparationis* no cabe apreciar vulneración del artículo 14 CE. b) Constatada por el Tribunal Supremo la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, procede la inadmisión del recurso de amparo interpuesto. c) El principio de igualdad no ampara la discriminación por indiferenciación. C) Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio del derecho de asociación (artículo 149.1.1 CE).

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 1538 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. 119301 de 2006. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 135/2006, de 27 de abril.

En esta entrega tiene un interés especial la jurisprudencia constitucional relativa a la regulación del derecho de asociación. A través de tres Sentencias, SSTC 133/2006, de 27 de abril, 134/2006, de 27 de abril y 135/2006, de 27 de abril, el Tribunal Constitucional resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña respecto al RD 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, y dos recursos de inconstitucionalidad en que recíprocamente el Estado y la Comunidad Autónoma impugnan sus respectivas leyes en materia de asociaciones, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones. La doctrina jurisprudencial de estas sentencias permite obtener una comprensión unitaria y exhaustiva de la regulación del derecho de asociación en el ordenamiento jurídico español.

También tienen un interés especial las sentencias referentes a las Ordenanzas municipales en materia de instalación de antenas de telefonía móvil, publicidad estática y prestación

del servicio funerario. Su análisis permite definir el ámbito de competencia municipal en estas materias de indudable trascendencia para la vida de los ciudadanos y su articulación con la normativa estatal o autonómica correspondiente.

2. BASES: LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL NO FORMA PARTE DE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN MATERIA DE GESTIÓN O EJECUCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En la **STC 101/2006, de 30 de marzo,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco. Los preceptos impugnados regulan aspectos diversos de la declaración de impacto ambiental a que deben someterse determinadas obras y actividades; el problema radica en que dichos preceptos atribuyen la competencia para la emisión de la aludida declaración al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin distinguir entre los diferentes tipos de obras y actividades, de modo que si bien dicha atribución competencial no resulta reprochable cuando aquéllas sean de la competencia de la citada Comunidad Autónoma, sin embargo no es correcta en relación con las que deban ser autorizadas o realizadas por el Estado, a partir de los diferentes títulos competenciales previstos en el artículo 149.1 CE. El Tribunal Constitucional entiende que en este caso resulta directamente aplicable la jurisprudencia contenida en la STC 13/1998. Las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno Vascos ponen de relieve que la Ley recurrida vio la luz de modo casi simultáneo a la referida STC 13/1988, lo que impidió tener en cuenta sus consideraciones. Alegan que se trata de un supuesto de "Sentencia sobrevenida" lo que evidencia que "el legislador vasco en modo alguno ha buscado (…) una confrontación deliberada con"el Tribunal Constitucional. Pese a ello solicitan la declaración de constitucionalidad de los preceptos recurridos basándose en los argumentos del Voto Particular de la referida Sentencia, que se limitan a dar "ahora por reproducidos".

Desde el punto de vista del análisis de las fuentes tiene interés destacar que el Tribunal Constitucional había aclarado ya en la STC 13/1998 que la competencia para realizar la evaluación de impacto ambiental no está vinculada al reparto de competencias en materia de medio ambiente; la evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente. El reparto de competencias en materia de medio ambiente sólo resulta determinante respecto a aquellas intervenciones administrativas cuya razón de ser consiste en la protección del medio ambiente, es decir, cuando el acto administrativo tiene como finalidad y efecto la preservación y la restauración del ambiente afectado por la actividad intervenida, como es el caso de la autorización de actividades clasificadas.

El Tribunal califica la evaluación de impacto ambiental como una técnica transversal. La competencia sobre la declaración de impacto ambiental corresponde a la Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia a tenor del bloque de la constitucionalidad. [*Vid.* sobre el canon de afectación transversal en materia de medio ambiente *JA,* núm. 29, crónicaIV.2.D)]

3. LEY ORGÁNICA: OBJETO DE LA RESERVA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE ASOCIACIÓN; ARTICULACIÓN DE DICHA RESERVA CON EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN LA MATERIA

En la **STC 133/2006, de 27 de abril,** se resuelve el 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 relación con las fuentes del Derecho interesa analizar los preceptos que en virtud de la Disposición Final Primera tienen rango de Ley Orgánica.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre el contenido de la reserva de ley orgánica: "debe considerarse reservado a la ley orgánica *ex* artículo 81.1 CE la regulación de los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación, o en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho, en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privatos*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos, y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas –es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar– así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas –militares, jueces, etc.– o en relación a la libertad de no asociarse".

En consecuencia, la Comunidad Autónoma al regular el régimen jurídico de las asociaciones sometidas a su competencia, no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación. Éste es un ámbito reservado al Estado *ex* artículo 81.1 CE y las normas que las Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un *prius* del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho.

En la **STC 135/2006, de 27 de abril,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones. El recurrente sostiene que la obra del legislador autonómico está inspirada en el propósito de establecer un régimen universal para todas las asociaciones que actúan en el territorio de Cataluña, careciendo de competencias para ello; en particular le reprocha que esta extralimitación competencial ha desatendido la reserva de ley orgánica en el artículo 81.1 CE, así como las competencias atribuidas al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho (artículo 149.1.1 CE).

El Tribunal Constitucional, tras repasar la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de Ley Orgánica aborda la cuestión de la correspondencia de la reserva de ley orgánica con el sistema de distribución de competencias. El Tribunal advierte que la técnica de la reserva de ley tiene una naturaleza distinta de la que poseen las reglas de atribución de competencia. El contenido y la finalidad de ambas figuras ha sido y es sustancialmente diverso.

La reserva de Ley Orgánica no contiene en puridad ningún título competencial habilitante a favor del Estado, lo que no impide apreciar la notable incidencia que esta reserva tiene en el orden competencial, pues "en virtud del artículo 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 81.1 CE".

La necesidad de preservar la unidad sistemática del orden constitucional, que quedaría afectada si lo establecido en el artículo 81 CE desvirtuase íntegramente lo dispuesto en el artículo 149 CE, ha determinado que el Tribunal Constitucional establezca tres criterios de interpretación fundamentales: "de un lado, que el ámbito de reserva de Ley Orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado, (…) de otro lado, que en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de Ley Orgánica, debe cohonestarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas". "Y, por último, que esa definición sistemática se ha traducido en la reserva al Estado *ex* artículo 81.1 CE de "la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal, en tanto que se atribuye la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma".

A juicio del Tribunal este último criterio no puede aplicarse mecánicamente pues "con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta". El Tribunal aclara que "aun admitiendo que entre la regulación del derecho de asociación y la del régimen jurídico de las asociaciones existe una zona de difícil delimitación (…) este criterio ha de ser el punto de partida inexcusable para delimitar lo reservado a Ley Orgánica y lo que corresponde a los títulos competenciales relacionados con la materia de asociaciones y muy especialmente lo que corresponde al legislador ordinario, sea estatal o autonómico con competencias en estas materias".

En aplicación de estos criterios, entre otros, se declara la inconstitucionalidad del artículo 2.2 de la Ley 7/1997 del Parlamento de Cataluña que establecía que "la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo". El fundamento de esta declaración es que "sólo el legislador orgánico puede excepcionar (con justificación constitucional suficiente y proporcionada), para asociaciones concretas, la libertad de autoorganización que deriva del artículo 22 CE. La propia regulación constitucional muestra ejemplos (partidos políticos, asociaciones em-

presariales o los sindicatos de trabajadores) respecto de los cuales se exige que la estructura interna y funcionamiento sean de carácter democrático (artículos 6 y 7 CE)".

En definitiva si el constituyente estableció que determinadas asociaciones, por la relevancia de las funciones que se les reconocían, debían 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 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 tanto, no cabe entender que pueda estar incluida en la competencia autonómica de regulación del ejercicio del derecho.

Tras un análisis pormenorizado de los preceptos de la Ley Catalana impugnados, el Tribunal Constitucional concluye en la imposibilidad de 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. Esta continuidad comporta la existencia de zonas de intersección entre ambas normativas, cuya compatibilidad debe resultar en todo caso de la inexistencia de contradicciones. En este sentido el propio Tribunal había precisado anteriormente que cuando el contraste que se debe realizar entre la ley recurrida y la Ley Orgánica del derecho de asociación lo sea a efectos de valorar si aquélla ha incidido en el ámbito de la regulación de los elementos esenciales del derecho de asociación propios del artículo 81.1 CE, es claro que cuando la Ley autonómica regule algún elemento esencial, no previsto en la Ley Orgánica, o lo hubiese regulado de modo distinto, la consecuencia será la inconstitucionalidad de la Ley autonómica. Sin embargo, cuando la regulación autonómica coincide con la legislación estatal, incluso complementándola, se declarará su constitucionalidad.

4. LEY

A) Reserva de Ley en materia de derechos fundamentales (artículo 53.1 CE): se admite el desarrollo reglamentario para su aplicación y en relación con aspectos procedimentales

En la **STC 112/2006, de 5 de abril**, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos, se analiza el significado de la reserva de ley en materia de derechos y libertades prevista en el artículo 53.1 CE. El Tribunal reproduce su doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión y precisa que en el ámbito de la radiodifusión televisiva, dada su complejidad técnica, resulta necesaria una mayor flexibilidad normativa que ha llevado al Tribunal a desechar una interpretación maximalista o extensiva de la reserva de

Ley orgánica, puesto que no se puede entender como una decisión esencial, por ejemplo, respecto a la libertad de expresión y el derecho a la información, la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo y la concreta regulación del régimen jurídico de la concesión.

El artículo 4.3 de la Ley recurrida dispone que las competiciones o acontecimientos deportivos de interés general deberán retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado. Corresponde a un órgano de la Administración, el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas, la determinación de cuáles son esas competiciones de interés general al principio de la temporada, a través de un catálogo. El Real Decreto 991/1998, de 22 de mayo, crea el Consejo y regula sus funciones. Los diferentes catálogos para las temporadas han sido aprobados por Resoluciones de la Presidencia de dicho Consejo.

En los apartados 1 y 2 del artículo 4, la Ley establece una serie de criterios que deberán orientar la actividad del Consejo, como que deberá referirse a acontecimientos de relevancia y trascendencia social, que se celebren con periodicidad pero no frecuentemente y que tengan atracción sobre la audiencia de los operadores de radio y televisión, importancia en el ámbito deportivo nacional y una cierta tradición.

Según el Tribunal Constitucional esta regulación, en cuanto prevé que determinados acontecimientos de interés general deben emitirse en abierto, afecta al derecho de propiedad de los titulares de los derechos televisivos e incide sobre el mismo y sobre la libertad de contratación, que se ha considerado tradicionalmente como una de las vertientes de la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE, junto con las llamadas libertad de organización y libertad de inversión.

No obstante, dicha incidencia no afecta a la reserva de Ley del artículo 53.1 CE, ya que el desarrollo reglamentario y la función de catalogación que se atribuye en la Ley para las emisiones y retransmisiones deportivas tienen el carácter de complemento indispensable para que la misma pueda cumplir sus objetivos, ya que no es materia propia de la Ley la regulación procedimental, ni puede la Ley, por su vocación de permanencia –que se manifiesta en su forma de tramitación y aprobación–, determinar al inicio de la temporada de cada deporte los acontecimientos o competiciones deportivas que deben someterse a este régimen legal especial.

En consecuencia, el Tribunal entiende que no se ha vulnerado el artículo 53.1 CE, puesto que las remisiones que se hacen a la potestad reglamentaria son imprescindibles y no afectan a la regulación del ejercicio de ningún derecho fundamental, dado que la misma se ha efectuado por la propia Ley. La remisión a la potestad reglamentaria se refiere a la aplicación de la normativa y a los aspectos meramente procedimentales, y está subordinada al respeto de las directrices fijadas, que con una razonable flexibilidad por parte de la norma legal, se remiten a la potestad reglamentaria de la Administración.

B) Reserva de Ley en materia penal y sancionadora (artículo 25 CE)

a) No cabe apreciar la vulneración del artículo 25.1 CE ya que la conducta realizada se corresponde con los requisitos del tipo penal aplicado

En la **STC 48/2006, de 13 de febrero**, el Tribunal Constitucional rechazó que las Sentencias de la Sala Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por las que se condenaba a los demandantes de amparo como autores de un delito contra la Hacienda Pública vulneraran el derecho a la legalidad penal garantizado por el artículo 25.1 CE. Los demandantes mantenían que dichas Sentencias habían vulnerado su derecho a la legalidad penal al haberles condenado por un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria pero que carecía de los elementos típicos característicos del delito fiscal; dicha condena se había basado a juicio de los recurrentes en la aplicación por los órganos judiciales de una analogía *in malam partem*, prohibida por el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo alegando que la propia Sentencia del Tribunal Supremo había afirmado taxativa y motivadamente que el comportamiento de los acusados no constituyó fraude de ley sino delito fiscal. Según el propio Tribunal Constitucional, la clave para resolver la cuestión reside en distinguir que "mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio salta a la vista" (STC 120/2005, de 17 de mayo).

El Tribunal Constitucional entiende que la condena impuesta por los órganos judiciales no se basó por lo tanto en una aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal correspondiente, sino en una irreprochable subsunción en el mismo de una conducta que reunía los requisitos objetivos y subjetivos que exige la Ley, por lo que no se ha producido ninguna vulneración del derecho a la legalidad penal.

b) La vulneración del principio de previsibilidad determina la del artículo 25.1 CE

En la **STC 98/2006, de 27 de marzo,** se resuelve un recurso de amparo frente a unas sanciones impuestas por el Delegado de Almería de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía por vulneración del artículo 25.1 CE. Los demandantes en amparo entienden que las sanciones impuestas vulneran el principio de legalidad (artículo 25.1 CE) en la medida en que, tras la tipificación genérica de las conductas infractoras que se efectúa en el artículo 38 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la fauna silvestre, ni la Ley ni ninguna disposición general de desarrollo gradúan las infracciones dentro de las categorías que la propia Ley establece. La gradación de las infracciones y, en consecuencia, de las sanciones a imponer, se realiza por la Administración en el momento de la aplicación, lo que supone la quiebra del principio de previsibilidad al que sirve el principio de legalidad o de predeterminación normativa de

las infracciones y sanciones. El Tribunal Constitucional respaldó el planteamiento de los recurrentes y entendió vulnerado el artículo 25.1 CE en relación con la infracción grave por la que los demandantes fueron sancionados, pues las consecuencias de su actuación resultaban imprevisibles para ellos en cuanto no cabía prever qué tipo de infracción podía constituir su conducta y, en consecuencia, qué sanción podría llevar aparejada.

Sin embargo, el Tribunal rechaza que junto a la anulación de las sanciones pecuniarias la estimación del amparo determine también la anulación de la obligación, impuesta en la resolución sancionadora, de reponer el medio alterado a su estado anterior, por no participar de la naturaleza sancionadora propia de la multa impuesta a los demandantes y además porque las razones que fundamentan el recurso no ponen en entredicho la realización de la conducta que justifica el restablecimiento del daño causado, sino solamente la vinculación a la misma de una sanción administrativa en los términos expuestos.

En la **STC 129/2006, de 24 de abril,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco por el que se impuso al demandante la sanción de suspensión de sus derechos y deberes de parlamentario durante el plazo de un mes, entre otros fundamentos, por haber vulnerado el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE), tanto por haberse falseado los hechos como por haber dado aplicación a normas que no satisfacen las condiciones mínimas de certeza y predeterminación constitucionalmente exigibles.

El Tribunal entiende que en este caso no se produce ninguna lesión del derecho a la legalidad sancionadora, pues no puede considerarse imprevisible para un parlamentario que la conducta de pulsar el botón de presencia de otro parlamentario es una conducta sancionable, por infringir los deberes del recto ejercicio del cargo de parlamentario, de modo que la conducta ha encontrado cobertura razonable en el artículo 89.4 del Reglamento del Parlamento Vasco en relación con el artículo 79.3 CE. El Tribunal rechaza, en consecuencia, que se haya producido vulneración del artículo 25.1 CE.

c) El principio de retroactividad de la Ley penal más favorable no forma parte del contenido del artículo 25.1 CE

En la **STC 85/2006, de 27 de marzo**, el Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró a los recurrentes responsables subsidiarios de deudas tributarias de la entidad mercantil de la que fueron administradores.

Los recurrentes alegan la vulneración del derecho a no ser sancionados por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa según la legislación vigente (artículo 25.1 CE), en concreto, por no haber admitido el citado Tribunal Superior de Justicia la obligación derivada del artículo 9.3 CE de aplicar retroactivamente el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria en su redacción dada por la Ley 25/1995, pese a que estaba vigente cuando el Tribunal dictó sentencia y era más favorable a los demandantes.

El Tribunal Constitucional parte en su argumentación de que la responsabilidad imputada por la Administración Tributaria a los recurrentes, tiene un contenido punitivo, por lo que resultan aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 CE; sin embargo, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable no forma parte del contenido del artículo 25.1 CE, por lo que su defensa está excluida de la vía del amparo constitucional. Este principio está garantizado por el artículo 9.3 CE que está excluido de la protección del recurso de amparo.

d) Las leyes que regulan la extradición y la euroorden no son leyes penales ni sancionadoras por lo que no les son aplicables los principios del artículo 25.1 CE

En la **STC 83/2006, de 13 de marzo**, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la legalidad penal como consecuencia de la entrega penal del demandante a Francia, en virtud de euroorden, en aplicación de la legislación reguladora de la orden europea de detención y entrega, después de haber denegado una previa solicitud de extradición. La vulneración se fundamenta en la infracción de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 3/2003, así como de la aplicación retroactiva de esa Ley a un supuesto ya resuelto definitivamente por resolución judicial.

El Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado. Dado que las leyes que regulan la extradición y la euroorden, cuya aplicación discutía el demandante, ni son leyes penales ni son leyes sancionadoras, no resulta de aplicación la prohibición constitucional de retroactividad de las leyes penales no favorables al reo (artículo 25.1 CE).

e) El artículo 25.1 garantiza tanto un ámbito material (principio de tipicidad) como formal (principio de reserva de ley)

La **STC 77/2006, de 13 de marzo,** resolvió el recurso de amparo interpuesto contra determinados actos –y las subsiguientes resoluciones judiciales– por los que se impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 3. 795.600 pesetas al amparo de lo establecido por el Reglamento de la Denominación de Origen Rioja. Los recurrentes alegaban la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) que entendían que se había producido tanto en su vertiente material (principio de tipicidad), como formal (principio de reserva de ley). La violación del principio de tipicidad se fundamentaba en la subsunción de los hechos constitutivos de la infracción en el artículo 51.1.7 del Reglamento del Consejo regulador, precepto reglamentario que incumple las exigencias del artículo 25.1 CE, de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 50/2003, de 17 de marzo, 52/2003, de 17 de marzo y 132/2003, de 30 de junio [*Vid JA,* núm. 20, crónica IV.4.d) y VII.3.A); núm. 21, crónica VII.3.A), y núm. 22 crónica IV.4.A).d)] También alegaban la lesión del principio de reserva de ley en materia sancionadora al haberse establecido un elemento del tipo infractor, "la fijación de un margen de tolerancia de un 1%", mediante una Orden Ministerial.

El Tribunal Constitucional considera aplicable al caso la doctrina contenida en las sentencias anteriormente citadas, así como en las SSTC 297/2005, de 21 de noviembre (*JA*, núm. 31, crónica IV.3) y 172/2005, de 20 de junio [*JA*, núm. crónica IV.3.A)], en las que llegó a la conclusión de que "los tipos infractores en virtud de los cuales se ha sancionado a la mercantil recurrente no sólo carecían de suficiente cobertura legal, sino que han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo por omisión del Dictamen del Consejo de Estado y, por tanto, inexistentes *ab origine*". En consecuencia, la resolución –y los posteriores actos administrativos y judiciales que la han confirmado– "resultan contrarios tanto a la garantía constitucional formal inherente al artículo 25.1 CE como a su garantía material connatural también al principio de legalidad punitiva".

f) La falta de acreditación de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable impide considerar vulnerado el artículo 25.1 CE

En la **STC 82/2006, de 13 de marzo**, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo interpuesto contra un Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmado por el Pleno, por el que se declaró procedente la ampliación de la extradición del demandante a la República del Perú, con el fin de ser perseguido penalmente como presunto autor del delito contra la tranquilidad pública-terrorismo en la figura de colaboración, afiliación, instigación y apología del terrorismo. Entre otros fundamentos el recurrente alegaba la vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE) por aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y haber prescrito el delito de conformidad con la legislación peruana.

En relación con la vulneración del principio de legalidad penal por infracción del derecho a la irretroactividad de la ley penal desfavorable por la aplicación judicial en este caso de la figura de la apología del terrorismo, el Tribunal Constitucional desestima la pretensión del recurrente. Para ello invoca un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano que justifica la vigencia de este delito de apología del terrorismo en el artículo 316 del Código penal peruano de 1991, en vigor en el momento en que se produjeron los hechos. En segundo lugar, en relación también con la apología del terrorismo, el Tribunal Constitucional estima los argumentos del demandante en amparo y fundamenta la vulneración del principio de legalidad penal en la prescripción de la acción penal en relación con la figura de apología del terrorismo en el caso enjuiciado.

C) Reserva de Ley en materia tributaria: las tarifas portuarias son prestaciones patrimoniales de carácter público

La **STS de 31 de enero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1462, resuelve el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que resolvía la impugnación de una resolución presunta de la Administración General del Estado y la resolución expresa posterior, referente a la liquidación de la Tarifa Portuaria T-3 por servicios prestados por la Autoridad Portuaria de Santander, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 2001.

La sentencia de instancia se centra en determinar si los elementos esenciales de las liquidaciones de la tarifa portuaria T-3 se hallan o no contenidos en disposiciones de naturaleza legal, conforme al principio de reserva material de Ley, consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución. En este sentido, señala que la voluntad del legislador de subsanar y dar solución a la ausencia de regulación con rango de Ley de tales elementos esenciales, es clara a partir de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que modifica la Disposición Adicional Trigésimo Cuarta, dando nueva redacción al Título de la misma, que queda referido no sólo a la "Nueva liquidación de tarifas portuarias anuladas", sino también a la "Liquidación de tarifas por servicios portuarios al amparo de la Ley 1/1966, sobre régimen financiero de Puertos españoles y de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante". De este modo, se entiende que existe la cobertura legal exigida por la Constitución, que no sólo se refiere al establecimiento de tributos, sino a cualquier prestación patrimonial de carácter público, entre las que se incluyen los Puertos, cuyo funcionamiento exige continuidad y regularidad en la prestación, de modo que cualquier empresa o ciudadano pueda utilizarlos en condiciones de igualdad y permanencia en la prestación del servicio que en ellos se desarrolla. La nota de coacción que caracteriza a cualquier tributo no escapa a la regulación que el legislador hace de las tarifas pese a que mantenga la definición legal de "precio privado".

Sin embargo, en contra de las consideraciones de la Sentencia de instancia, entiende el Tribunal Supremo que sí hay que estimar el recurso de casación interpuesto. La sentencia de 20 de abril de 2005 del Tribunal Constitucional [*Vid. JA*, núm. 29 crónica IV.3.C)] ha declarado la inconstitucionalidad y la nulidad de los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, al haberse calificado la tarifa T-3 como un precio privado cuando es así que, según la Sentencia 185/1995 del mismo Tribunal Constitucional (y una ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo), debe de ser reputada como un tributo y, en concreto, como una tasa; en consecuencia, la liquidación o liquidaciones objeto aquí de controversia carecen de fundamento, en cuanto contrarían el principio de reserva material de Ley (por falta de una adecuada cobertura de naturaleza legal).

La Disposición Adicional Sexta de la Ley 14/2000, que añade una nueva Disposición Adicional, la Vigésima Segunda, a la Ley 27/1992, modificada por la Ley 62/1997, viene a regular, en relación con el pago de las tarifas, los problemas referentes a su exigibilidad, su prescripción, la suspensión del servicio y la reclamación previa a la vía judicial civil, circunstancias todas ellas, en especial las dos últimas, que acreditan que dicha Disposición continúa considerando a las tarifas portuarias como un precio privado, en contra de lo declarado por el Tribunal Constitucional, al reputar, en definitiva, que las cuestiones que sobre ellas se planteen han de ser dilucidadas ante la Jurisdicción Civil. Pero en realidad las antiguas tarifas de servicios (como la T-3) que implicaban la utilización de dominio público se convierten, previa redefinición de sus hechos imponibles, en verdaderas tasas por utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo en ellas la actividad prestacional. De otro lado, también alcanzan dicha calificación las prestaciones exigibles por aquellos servicios, escasos actualmente, que deben calificarse, normalmente por estar ligados al ejercicio de funciones públicas, como obligatorios, en la medida en

que no se prestan en concurrencia con el sector privado. (Este grupo de prestaciones, como no podía ser de otra manera, encuentra en la Ley la determinación de sus elementos esenciales "así, en los artículos 14 a 30, con especial consideración del artículo 24, relativo a la tasa de la mercancía, donde se prevén todos los elementos esenciales del tributo".) El resto de los servicios que se prestan en los puertos de titularidad estatal por las Autoridades Portuarias no se benefician de una situación de monopolio de hecho ni de derecho, sino que, al contrario, coexisten con la iniciativa privada; por ello, y en la medida en que tampoco se trata de servicios que vengan exigidos por ninguna normativa, no pueden calificarse como prestaciones patrimoniales impuestas de carácter público, y, en consecuencia, siguen manteniendo en la nueva Ley, excepcionalmente, el carácter de precios privados, derivados de servicios prestados en régimen de derecho privado y no sometidos a la reserva de Ley.

El Tribunal procede, por tanto (ante la falta de regulación legal, al tiempo de su devengo y liquidación, de la tarifa cuestionada en las presentes actuaciones), a estimar el presente recurso de casación y casar y anular la sentencia recurrida, declarando, en consecuencia, como se pedía en el recurso contencioso-administrativo de instancia, la nulidad de la liquidación impugnada.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus **SSTS de 31 de enero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 429-433, 476, 495, 496, 499, 500, 525-527, 618-619, 1463-1500; **de 27 de febrero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 798-800, 1501-1503, y **de 28 de febrero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1096-1101, 1504-1538.

D) Ley de Presupuestos: las normas presupuestarias pueden vulnerar el régimen de distribución de competencias

La **STC 50/2006, de 16 de febrero,** resuelve conjuntamente un conflicto positivo de competencias suscitado por la Generalidad de Cataluña contra diversas Resoluciones de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia que anuncian la licitación y adjudican la contratación del servicio de apertura y gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales; un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno contra el Decreto 287/1997 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se determinan las competencias de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía en relación con los pagos, cauciones, depósitos o consignaciones judiciales; dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra la Disposición Adicional Octava de la Ley 7/1997, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1998 y contra la Disposición Adicional Séptima de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1999.

Desde el punto de vista del análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de fuentes del Derecho, tiene interés en esta sentencia la afirmación del Tribunal de que no

cabe negar de antemano la posibilidad de que una determinada partida o consignación presupuestaria autorizada por el legislador autonómico pueda ser objeto de un proceso constitucional, cuando lo que se discute es precisamente la vulneración del sistema de competencias en que dicho legislador ha incurrido al otorgar esa autorización. Este planteamiento lo aplica el Tribunal para anular determinados preceptos correspondientes a las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma andaluza para 1998 y 1999 que establecían que "las cantidades correspondientes a los rendimientos de las cuentas para el ingreso en concepto de pagos, depósitos o consignaciones que hayan de ponerse a disposición de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se generarán en el Programa presupuestario 21F de la Consejería de Gobernación y Justicia". Frente a la alegación del Parlamento de Andalucía de que estas disposiciones no son normas aptas para vulnerar competencias estatales ya que no son normas atributivas de competencias, sino que establecen una ordenación presupuestaria claramente subordinada a lo que se deduzca de las normas que delimitan la competencia autonómica en la materia, el Tribunal declara su inconstitucionalidad en la medida en que de las mismas se deduce inequívocamente la atribución a la Comunidad Autónoma de los rendimientos derivados de las cuentas judiciales en Andalucía, invadiendo la competencia estatal en esta materia.

En la **STC 67/2006, de 2 de marzo,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno respecto a la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Andalucía 16/1999, que aprobó el presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2000. Dado que el objeto del proceso coincide con el que resolvió la STC 50/2006, de 16 de febrero, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto en cuestión sobre la base de que corresponde a la Administración del Estado disponer de los rendimientos que produzcan "las cuentas de depósitos y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales".

En ambas Sentencias el Tribunal precisa que no procede hacer declaración alguna en torno a la eficacia de los preceptos legales impugnados por el Estado ya que por su propia naturaleza, las leyes de presupuestos agotan su eficacia, en especial en cuanto a la atribución de ingresos a determinados programas presupuestarios, transcurrido el período temporal para el que se dictan, como demuestra el hecho mismo de la reiteración anual de la disposición impugnada.

5. DECRETO LEGISLATIVO: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTOS DE UN TEXTO REFUNDIDO

En la **STC 113/2006, de 5 de abril**, el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en relación con el artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. El Tribunal declara la inconstitucionalidad del citado precepto por vulneración del artículo 24.1 CE.

El Tribunal aplica en este caso su criterio de que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un Texto Refundido debe extenderse a preceptos de textos refundidos no impugnados pero que reproducen los preceptos legales declarados inconstitucionales, por concurrir la conexión a la que se refiere el artículo 39.1 LOTC entre un texto legal y su refundición no innovadora.

En este caso se extiende la declaración de inconstitucionalidad del artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 (en la redacción dada por la Ley 29/1991), al artículo 56.4 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la redacción que le dio la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que es idéntico al anterior.

6. REGLAMENTO

A) Distinción entre convenio colectivo y norma reglamentaria

En la **STS de 22 de febrero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 906, resuelve el Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de CCOO frente al Real Decreto 50/2004, de 19 de enero, por el que se regula el régimen del profesorado contratado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), siendo parte demandada la Administración General del Estado.

El primer motivo que articula la recurrente es la nulidad del Real Decreto por omisión de trámites esenciales en el proceso de elaboración, debido a la falta de audiencia en la tramitación del Real Decreto impugnado, ya que no han sido informados los representantes de los trabajadores y, por lo tanto, no ha habido lugar a la participación ni a la negociación colectiva, con vulneración del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 9/1987 de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical y el artículo 37 de la Constitución Española.

Para dar respuesta a esa alegación, el Tribunal examina en primer lugar el carácter puramente organizativo o no del Real Decreto impugnado, pues de la naturaleza de la norma dependerá la obligación o no de respetar la regulación sobre la negociación colectiva. Para el Tribunal, es evidente que el Real Decreto impugnado, en su mayor parte tiene un contenido organizativo, pues como pone de relieve su introducción o exposición de motivos, la norma trata de desarrollar el nuevo marco jurídico existente para el profesorado universitario contratado con base en el Título IX de la Ley 6/2001 de Universidades, que ha asignado a las Comunidades Autónomas, en su artículo 48, la competencia para establecer el régimen del personal docente e investigador contratado en las universidades, competencias que corresponden en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Ley, al Gobierno en el ámbito de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en atención a las especiales características de esta universidad, así como al ámbito de sus actividades.

Sin embargo, continúa el Tribunal, existe en este Real Decreto una parte referida a las condiciones de contratación que entra dentro del contenido de los convenios colectivos previsto en el Estatuto de los Trabajadores, y desde luego también, aunque no es el caso, puesto que se trata de personal laboral, dentro de las materias sobre las que es exigible la negociación colectiva. Al menos, en lo que aquí interesa, hay una materia a la que difícilmente puede negársele la naturaleza laboral y la posibilidad de ser incluida en la negociación colectiva, la denunciada como nula de pleno derecho por oponerse a un convenio colectivo o norma paccionada la duración de los contratos, pues ésta fue objeto de negociación entre la UNED y las organizaciones sindicales y forma parte del acuerdo colectivo sobre condiciones de trabajo del personal docente e investigador con vinculación laboral de la UNED, firmado entre esta Universidad y las organizaciones sindicales en el que se expresa en su artículo 11 que "serán contratos por tiempo indefinido el contrato de Profesor Colaborador y Profesor Contratado Doctor".

Pues bien, el artículo 8.4 del Decreto impugnado dispone en relación con la contratación de profesores colaboradores que "los contratos de profesor colaborador se celebrarán por un período de dos años, prorrogables por tiempo indefinido, siempre que exista informe favorable de la actividad docente desarrollada emitido por órgano competente de la UNED", y el artículo 9 dispone en su punto 3 para los profesores contratados doctores, que "la duración de los contratos será de dos años, prorrogables por tiempo indefinido, siempre que exista informe favorable de la actividad desarrollada emitido por órgano competente de la UNED". En consecuencia, y en este punto exclusivamente, en cuanto tratándose de una materia laboral, debería haberse procedido a la negociación colectiva, procede declarar su nulidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La segunda cuestión que aborda la demanda es la posible nulidad del Decreto impugnado por vulneración del acuerdo colectivo sobre condiciones de trabajo del personal docente e investigador con vinculación laboral de la UNED. Es evidente que el Real Decreto impugnado dispone sobre estos profesores una regulación distinta a la que prevé el convenio colectivo. Sin embargo, la cuestión es si puede disponerlo así o si, como sostiene la demandada, el convenio colectivo ha de prevalecer sobre la disposición reglamentaria.

El artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al disponer el sistema de fuentes, establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, y b) Por los convenios colectivos. Por lo que ahora importa para la solución del caso en cuanto a las relaciones entre estas normas, señala el Tribunal que "del artículo 37.1 CE no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una Ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia, aun cuando la voluntad de dicha Ley sea entrar en vigor inmediatamente en la fecha en ella dispuesta". En consecuencia, en aplicación de dicha doctrina, ha de

mantenerse que los convenios colectivos no pueden prevalecer sobre lo dispuesto en Leyes posteriores siempre que su contenido sea de *ius cogens*, o necesario.

Así que, en el supuesto actual, se está ante una norma que establece una duración inicial de dos años de la relación laboral de los profesores colaboradores y contratados doctores, tras la cual, con un informe favorable del órgano competente de la Universidad, pasaría a ser fijo. Por el contrario, el Acuerdo citado dispone que estos profesores serán contratados *ab initio* con carácter fijo. Esta contradicción normativa, de conformidad con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, en principio no llevaría ni a la nulidad ni a la invalidez del Reglamento impugnado, sino en todo caso, y durante la vigencia del convenio, a su inaplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, dado el carácter complementario de dicho Acuerdo.

B) Ordenanzas municipales

a) Ordenanzas sobre la instalación de antenas de telefonía móvil: competencia municipal si bien debe respetar la normativa autonómica o estatal

La **STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 74479, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica Móviles de España, SA" contra ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil, siendo parte demandada el Ayuntamiento de M. Con el fin de dar respuesta a las alegaciones planteadas, el Tribunal realiza un análisis detallado de la legalidad de la Ordenanza. Con respecto a la competencia del Ayuntamiento para dictarla, el TSJ se remite a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo en materia de Ordenanzas de telecomunicaciones. Señala el Alto Tribunal que la fijación de una competencia exclusiva en esta materia a favor del Estado no excluye la posibilidad de que existan también competencias cuya titularidad se atribuye por la Ley a los entes locales, en virtud de la garantía de la autonomía local que asegura a cada ente local las competencias necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter recognoscible de la institución.

De modo que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT de 1987 y 43 y siguientes LGT de 1998).

Es más, las instalaciones de las empresas de servicios en este contexto aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio

histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo, y Ley 11 /1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal.

En cuanto a la exigencia que establece la Ordenanza de la previa presentación de un "programa de implantación y desenvolvimiento" antes de conceder la autorización para instalar antenas de telefonía móvil, también el TSJ se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ha afirmado el Tribunal que la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano, materias todas ellas estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales. Obviamente, la normativa sectorial reguladora de los aspectos técnicos debe ser observada, pero ello es perfectamente compatible con las previsiones examinadas de la Ordenanza, entendidas las mismas con la finalidad que les es propia en el ámbito competencial de la Administración Local y cuando las posibles circunstancias materiales diversas que vayan surgiendo con posterioridad sean susceptibles de justificar los oportunos planteamientos formales en solicitud de las modificaciones que fueran procedentes. Sobre la base de esta jurisprudencia –continúa su argumentación el TSJ– no cabe duda de que por razones urbanísticas, medioambientales, paisajísticas o histórico-patrimoniales, los Ayuntamientos pueden establecer restricciones en orden al establecimiento de las instalaciones de telefonía móvil y que ello es compatible con la remisión a la normativa estatal.

Pero, además, se plantea la duda de si el establecimiento por la Ordenanza de una prohibición de las instalaciones en suelo rústico especialmente protegido es acorde o no a Derecho. La respuesta es positiva porque esta prohibición se conecta con la normativa legal vigente a la fecha de la aprobación de la Ordenanza, concretamente a la previsión del artículo 79.2 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, que contempla para esa clase de suelo, además de las limitaciones establecidas con carácter general para el suelo rústico común, la prohibición de cualquier utilización que implique transformación de su destino o naturaleza o lesione el valor específico que se quiera proteger. Y es que parece fuera de toda duda que las características de las estaciones base y de las antenas sobre mástiles o estructuras permiten considerar la instalación de las mismas como incursas en la prohibición específica del artículo de mención. También la prohibición de las instalaciones en suelo de núcleo rural responde esencialmente a la Ley 1/1997 que prevé en el artículo 76 para esta clase de suelo, en el apartado 1, usos relacionados con las actividades propias del medio rural y con las necesidades de la población residente en

dichos núcleos y, en el apartado 4, que los tipos de construcción deberán ser adecuados a la condición de las edificaciones propias del medio rural en que se emplazan.

Más dudas plantea, sin embargo, entender que esta prohibición se extienda al suelo urbano residencial, porque en ese caso, la Ley 1/1997 no prevé ninguna restricción. Así que se puede entender que en ese caso la Ordenanza incurre en un exceso competencial al modificar el régimen del suelo urbano. Y lo mismo sucede con la prohibición establecida en la Ordenanza para la instalación de antenas sobre suelo urbanizable, residencial o industrial, y a una distancia menor a 300 metros de cualquier edificación existente o de los suelos excluidos. Los preceptos que incorporan ese contenido se anulan, por tanto, por el TSJ.

También incurre en exceso competencial y, por tanto, ha de ser anulado, el precepto de la Ordenanza que impone a las empresas operadoras la presentación de un seguro de responsabilidad civil para cada instalación, y no uno genérico para todas, que cubra de manera ilimitada posibles afectaciones a los bienes o a las personas. En ese caso no existe una competencia municipal para regular esos temas y no existe una previsión similar en la normativa estatal.

Por último, con respecto a la exigencia de licencia de obras, señala el TSJ que esta obligación ya se recoge en el Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia. La consideración como actividad clasificada del funcionamiento de las instalaciones de telefonía corresponde a su naturaleza potencialmente peligrosa, que queda clara en la normativa vigente. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1066/2001.

Un caso similar se resuelve en la **STSJ de Canarias de 16 de diciembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 203, referida a la Ordenanza Urbanística Reguladora de la Instalación de Telecomunicaciones en el Término Municipal de I. También las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 73385 y 73389, se pronuncian sobre una Ordenanza de Condiciones de Telefonía Móvil y una Ordenanza Municipal Reguladora de Instalaciones de Radiocomunicaciones respectivamente. Y en el mismo sentido resuelve la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 63390, referida también a una Ordenanza reguladora de las instalaciones de telecomunicación.

b) Ordenanza reguladora de instalaciones publicitarias: irrazonabilidad y carácter discriminatorio de la prohibición de actividades de publicidad estática para la protección del paisaje urbano

En la **STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera Ar. 85513, se resuelve la cuestión de ilegalidad surgida con motivo del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa contra el Ayuntamiento de G. por la supuesta ilegalidad del artículo 58 de la Ordenanza de publicidad y

instalaciones publicitarias de este municipio. La entidad recurrente solicitó una licencia para llevar a cabo actividades publicitarias, pero se le denegó porque el emplazamiento solicitado para el desarrollo de la actividad era un "espacio libre privado" y según el artículo 58 de la Ordenanza no se admite publicidad en esos espacios. De acuerdo con la Ordenanza, espacio libre privado es toda porción privada, continua o discontinua, de suelo urbano. Asimismo la Ordenanza distingue, dentro de la publicidad estática, entre la identificación, que consiste en dar información de la actividad que se ejerce en el mismo lugar, o no [artículo 2.2.a) y b)]. Sólo en el segundo supuesto, esto es, cuando la publicidad no consiste en dar información de la actividad en el mismo lugar, que en la Ordenanza se denomina "propaganda", se establece una prohibición por el citado artículo 58.

La entidad recurrente alega que la prohibición carece de fundamento tanto en la normativa urbanística como en la medioambiental, por cuanto contiene una prohibición absoluta y general de una determinada modalidad de publicidad estática en el municipio de G., y aduce la normativa que regula las Ordenanzas municipales, a saber, artículos 8.1.a), 220 y 221 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, y 3 y 4 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios, así como el principio de legalidad, de igualdad, de proporcionalidad y congruencia con los motivos y los fines que justifican una intervención.

El Ayuntamiento aduce que el precepto impugnado tiene cobertura en la norma del artículo 138.b) del Real Decreto Legislativo 1/1992, y 179.o) de la Ley 2/2002, de Urbanismo, preceptos que se refieren a cualquier elemento que "limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo". De modo que la prohibición impugnada se fundamentaría en la protección del paisaje urbano.

A la vista de estas alegaciones, concluye el Tribunal que la prohibición de "propaganda" sobre espacios libres privados, que establece el repetido artículo 58, es manifiestamente irrazonable por no existir la fundamentación que se aduce, esto es, la protección del paisaje urbano, por discriminatoria en relación con la permisión de publicidad estática de elementos de identificación sobre los mismos espacios libres privados que se regula en el artículo 57, ya que el soporte fijo de estos elementos de identificación es sustancialmente el mismo que el de los elementos de propaganda, y carece de todo fundamento y razón la permisión de uno y la prohibición del otro en base a que los soportes fijos que contengan propaganda constituyen un obstáculo que "limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo". Se declara, por tanto, la nulidad de pleno derecho del artículo 58 debido a la manifiesta irrazonabilidad de la prohibición que impone.

c) Ordenanza Municipal sobre la Prestación de Servicios Funerarios: vulneración del principio de jerarquía normativa

La **STSJ de Castilla y León de 17 de febrero de 2006**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 119301, resuelve el recurso de apelación contra Sentencia del

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia, interpuesto por el Ayuntamiento de P., el Tanatorio de P,.SL y la Funeraria V. de la P,.SL, siendo parte apelada la Funeraria V. del M.SL.

El objeto de la Sentencia de instancia era una resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de P. por la que se imponía a la entonces recurrente y ahora apelada una sanción de multa por importe de 1500 euros por haber realizado las labores de preparación de un cadáver el día 12 de septiembre de 2002 sin contar con la autorización municipal para la realización de actividades de servicios funerarios, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.B).a) de la citada Ordenanza General de Prestación de Servicios Funerarios, aprobada por Acuerdo del Ayuntamiento de 8 de junio de 1999. Dicha resolución se declaró nula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

En el recurso de apelación se solicita del Tribunal que declare conforme al ordenamiento jurídico la Ordenanza municipal de Prestación de Servicios Funerarios, en todo su articulado, incluidos los artículos impugnados y que llevaron a declarar la nulidad del expediente sancionador, por otra parte, firme.

Para resolver sobre la legalidad de la citada Ordenanza, el Tribunal toma en cuenta, en primer lugar, el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, en cuyo artículo 22 se dispuso que "se liberaliza la prestación de servicios funerarios", permitiendo a los Ayuntamientos, eso sí, someter a autorización la prestación de dichos servicios. Este precepto ya estaba en vigor en el momento en que se aprobó la Ordenanza municipal de Prestación de Servicios Funerarios. De modo que no hay duda sobre la existencia de competencia municipal para aprobar una Ordenanza en esta materia con el fin de regular y ordenar los servicios funerarios estableciendo unas condiciones técnico-sanitarias que sean acordes con las características del municipio y, en especial, que se correspondan con su número de habitantes. Pero sí se plantea un problema de límites, ya que esa regulación municipal no puede ser hasta tal punto exigente que, sobrepasando la finalidad de regular esas condiciones, haga ilusoria la liberalización.

En esta línea, el Tribunal comprueba que el artículo 7 de la Ordenanza permite el traslado de cadáveres y restos cadavéricos desde el municipio de P. hacia otras poblaciones a cualquier empresa legalmente autorizada para prestar servicio funerario en otros municipios. Pero en la medida en que exige para ello, en el apartado B), letra a), que el cadáver "deberá estar previamente tratado y enferetrado únicamente por la Entidad a que se refiere el artículo 1º de la presente Ordenanza", esto es, por la propia Administración municipal de P. o por empresa pública o privada "autorizada" por esa Administración, como resulta de lo dispuesto en sus artículos 3º y concordantes, ha de considerarse que esa exigencia es contraria al principio de jerarquía normativa, por vulneración del principio de liberalización de la actividad funeraria que se realiza en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996.

Además, hay que tener en cuenta que la Ordenanza limita el transporte de los cadáveres, cuyo régimen también fue modificado por el RD 927/1998, de 14 de mayo. De modo

que, en la actualidad, se señala que las autorizaciones de transporte privado para la realización de transporte funerario serán otorgadas por el Estado o, en su caso, por la correspondiente Comunidad Autónoma, y que dichas autorizaciones "habilitarán para realizar cualquier transporte funerario, independientemente del mismo, hasta el lugar en que se realice el enterramiento o se conduzca el cadáver". Luego, resalta el Tribunal que, al permitir el ordenamiento jurídico el traslado de cadáveres a un municipio distinto no puede fraccionarse el régimen del servicio prestado, como se señala en la STS de 11 de mayo de 2005, por lo que no puede exigirse que para ese traslado por una empresa legalmente autorizada para la prestación de servicio funerario en otro municipio, el enferetramiento y el tratado previo del cadáver "únicamente" pueda ser realizado por las entidades a las que se refiere el artículo 1 de la Ordenanza.

En virtud de estos argumentos considera el Tribunal que efectivamente la Ordenanza municipal es contraria al ordenamiento jurídico y desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la Sentencia de instancia.

C) Requisitos para la interposición de un recurso de amparo contra reglamentos

La **STC 54/2006, de 27 de febrero**, resolvió el recurso de amparo interpuesto contra el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. El Tribunal Constitucional recuerda en esta Sentencia el criterio de que para que una disposición de carácter general pueda constituirse en objeto de un recurso de amparo, sin mediación de acto aplicativo alguno, es necesario que la lesión derive, directa e inmediatamente, de la propia norma reglamentaria y enumera una serie de sentencias en las que ha aplicado esta jurisprudencia: por último, *vid.* SSTC 143/1994, 153/1994 y 45/2004.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la ley

a) No hay discriminación si la diferencia de trato es idónea, necesaria y proporcionada

En la **STC 112/2006, de 5 de abril,** que resuelve el recurso de inconstitucionalidad relativo a la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos, se plantea la posible vulneración del principio de igualdad en la Ley (artículo 14 CE). Se alega que la regulación de dicha Ley es discriminatoria respecto de las televisiones que emiten en la fórmula de pago por consumo, ya que el legislador les impide en la práctica competir con las televisiones de libre acceso en el terreno de la explotación audiovisual de los derechos sobre acontecimientos y competiciones deportivas.

El Tribunal Constitucional recoge en esta Sentencia la doctrina constitucional sobre la cuestión y expone que el juicio de igualdad *ex* artículo 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Por ello, toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que para que las diferenciaciones normativas "puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente".

El Tribunal considera que en este caso se cumple el primero de los requisitos expuestos: las televisiones que emiten en abierto y las que lo hacen en la modalidad de pago por consumo constituyen realidades equiparables a efectos de la regulación impugnada. Aunque ambas realidades puedan ser objeto de regulaciones diferenciadas tanto a nivel interno como comunitario, su integración en el servicio público esencial de televisión y la liberalización de este servicio permiten considerarlos términos de comparación válidos a la hora de analizar la diferencia de trato que respecto a la retransmisión de los acontecimientos deportivos de interés general se deriva de dicho precepto. Además, hasta la entrada en vigor de la norma impugnada ambas modalidades de televisión podían emitir acontecimientos deportivos idóneos en idénticas condiciones.

Una vez definida la existencia de un término de comparación válido para impugnar el artículo 4 desde la perspectiva del principio de igualdad, procede analizar la licitud constitucional de la diferencia normativa impugnada a partir de la existencia de una justificación objetiva y razonable. El Tribunal declara que partiendo de la libertad de configuración del legislador que debe presidir el control de constitucionalidad, no pueden compartirse las alegaciones de los recurrentes en relación con el carácter pretendidamente discriminatorio de esta regulación. En primer lugar, porque las finalidades perseguidas con tal medida (acceso de los ciudadanos a los acontecimientos deportivos de especial relevancia, protección de los intereses deportivos y mercantiles afectados) son constitucionalmente legítimas. Y en segundo lugar, porque la exclusión de los operadores que funcionan mediante el sistema de pago por consumo de la emisión de dichos acontecimientos puede considerarse idónea, necesaria, proporcionada y, por lo tanto, razonable, teniendo en cuenta los requisitos materiales y procedimentales contemplados en el precepto impugnado para confeccionar el catálogo de acontecimientos deportivos de interés general.

Además, el distinto régimen jurídico al que se someten las retransmisiones deportivas realizadas por televisiones en abierto y las realizadas por televisiones de acceso condicio-

nal no constituye una singularidad del ordenamiento jurídico español ya que constituye una distinción que aplica el Derecho Comunitario y es habitual en el Derecho Comparado.

b) No hay discriminación si la diferencia se produce como consecuencia de la sucesión de normas en el tiempo; no se vulnera el artículo 14 CE si el trato desigual se fundamenta en elementos objetivos establecidos en virtud del artículo 31.1 CE

En la **STC 54/2006, de 27 de febrero**, se planteó la posible vulneración por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del principio de igualdad en la aplicación de la Ley debido al trato discriminatorio que dicha disposición dispensa a algunos sujetos pasivos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en relación con la deducción en la cuota del citado impuesto por inversión en vivienda habitual.

En particular, la recurrente en amparo considera que ninguna justificación jurídica, social o económica favorece a quienes han adquirido una plaza de garaje conjuntamente con su vivienda habitual (que tienen derecho a la deducción), frente a quienes la han comprado de forma independiente (que no lo tienen) o, entre otros supuestos, entiende que tampoco está justificado dar un trato más gravoso a los contribuyentes que proceden a la apertura de una cuenta vivienda una vez entrado en vigor el Real Decreto (quienes, para tener derecho a la deducción por las cantidades depositadas en tales cuentas, tienen un plazo de cuatro años a contar desde su apertura para adquirir o rehabilitar la vivienda) que a los que abrieron la cuenta vivienda al amparo del anterior régimen (quienes gozaban conforme a la legislación anterior de un plazo de cinco años para adquirir o rehabilitar la vivienda).

En relación con este último supuesto, el Tribunal sentencia que la desigualdad creada es el resultado de una modificación normativa que no constituye en sí misma una infracción del derecho consagrado en el artículo 14 CE, pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de régimen, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas.

Por lo que se refiere al resto de las deducciones impugnadas, el Tribunal recuerda su doctrina general sobre el principio de igualdad, en virtud de la cual no toda proclamación constitucional de dicho principio es reconducible sin más a la efectuada por el artículo 14 CE; en concreto en este caso el Tribunal considera que la eventual contradicción con el principio de igualdad no reside realmente en un trato desigual contrario al artículo 14 CE, por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada en el artículo 31.1 CE.

En consecuencia, se trata de una eventual desigualdad no susceptible de ser corregida por el cauce de un proceso de amparo.

c) No hay discriminación si no cabe aportar términos de comparación homogéneos para justificarla

En la **STC 32/2006, de 13 de febrero,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del artículo 14 CE contra unos Acuerdos de la Administración Tributaria que denegaron la pretensión del demandante en amparo de que fueran rectificadas sus declaraciones-liquidaciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995 con el fin de incluir entre las reducciones de su base imponible regular, el importe de las anualidades de alimentos fijadas a favor de sus hijos menores convivientes con su madre de la que el demandante se había divorciado.

El Tribunal entiende que en este caso no se cumplen las exigencias que exige su doctrina para poder apreciar la vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución, al ser condición indispensable que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos, requisito esencial que no concurre en este caso.

B) Principio de igualdad en la aplicación de la ley

a) Si no se acredita la existencia de un *tertium comparationis* no cabe apreciar la vulneración del artículo 14 CE

En la **STC 115/2006, de 24 de abril,** el Tribunal Constitucional reproduce su doctrina sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. Según el Tribunal, para estimar que se ha producido una violación de este derecho "no es suficiente, sin más, que exista una divergencia entre resoluciones judiciales", sino que es necesario que concurran distintos requisitos, y entre ellos, y por lo que aquí interesa, ha de destacarse el del juicio de igualdad, que por ser de carácter relacional hace imprescindible para la realización del citado juicio "la acreditación por la parte actora de un *tertium comparationis* adecuado, cuya aportación corresponde a la parte recurrente en amparo, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria".

En el caso concreto que se planteaba en esta Sentencia el demandante en amparo se limita a citar las Sentencias de contraste, por lo que, al omitir toda referencia a los supuestos de hecho a los que se ha aplicado la doctrina que refiere, no puede constatarse la necesaria identidad entre ellos, por lo que no puede apreciarse la citada vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley, dado que el Tribunal no puede reelaborar la demanda supliendo los razonamientos del demandante, que era el que debía haberlo realizado. En consecuencia, el Tribunal desestima el amparo solicitado.

b) Constatada por el Tribunal Supremo la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, procede la inadmisión del recurso de amparo interpuesto

En la **STC 128/2006, de 24 de abril,** se resuelve el problema planteado por un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia número 236 dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley reconocido en el artículo 14 CE. El recurrente alega que la desigualdad se produce porque en su caso el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, revocando así la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional que le reconocía el derecho reclamado, cuando, en el caso de su hermana, idéntico al suyo, enjuiciado el mismo día y derivado de idéntico acto liquidatorio, el mismo órgano judicial desestimó, sin embargo, un recurso interpuesto en los mismos términos y por la misma Comunidad Autónoma.

La parte recurrente en amparo interpuso un incidente excepcional de nulidad de actuaciones solicitando la nulidad de la Sentencia, que fue estimado, confirmando la autoliquidación realizada por la recurrente y condenando en costas a la Comunidad Autónoma de Madrid, con posterioridad a la fecha de interposición del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional expone que, en atención a las importantes razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley que subyacen a la exigencia del cumplimiento del presupuesto procesal de la subsidiariedad del recurso de amparo, que exige el agotamiento de todos los recursos y remedios útiles con carácter previo a la interposición de la demanda de amparo y que impide la coexistencia temporal de un proceso de amparo con la vía judicial, en este caso procede declarar la inadmisión del recurso.

c) El principio de igualdad no ampara la discriminación por indiferenciación

En la **STC 117/2006, de 24 de abril,** se resuelve un recurso interpuesto frente a la Sentencia núm. 169/2001, de 23 de noviembre, por vulneración del derecho de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley (artículo 14 CE). La parte demandante de amparo sostiene que dicha resolución judicial es contraria al artículo 14 CE en la medida en que, al forzar el encaje del caso enjuiciado dentro de los "supuestos generales de aplicación uniforme de la Ley 36/1995, se está tratando de "forma igual un supuesto que es desigual".

A juicio del Tribunal en este recurso lo que se plantea es un supuesto de "discriminación por indiferenciación". El principio de igualdad protegido por el artículo 14 CE no ampara la discriminación por indiferenciación; el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho al trato normativo desigual. El Tribunal desestima el amparo solicitado.

C) Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio del derecho de asociación

En la **STC 133/2006, de 27 de abril,** relativa a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, el Tribunal Constitucional hace referencia al contenido de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE, que comprende la definición del concepto legal de asociación así como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución) que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y que en cuanto tales requieren un tratamiento uniforme.

En relación con la aplicación del artículo 149.1.1 CE, el Tribunal Constitucional precisa que merecerán la consideración de condiciones básicas del ejercicio del derecho de asociación "aquellos requisitos indispensables" que guarden una conexión directa e inmediata con las facetas o dimensiones en las que se manifiesta el derecho fundamental de asociación, que son las siguientes: 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 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 pretendan incorporarse. Esta delimitación de la competencia estatal se corresponde con el alcance establecido en la STC 61/1997, de 20 de marzo [FJ 7.b)] y evita eventuales injerencias o restricciones de la competencia que ostentan algunas Comunidades Autónomas para regular el régimen jurídico de las asociaciones.

El Tribunal destaca la especial relevancia que reviste en la aplicación de los criterios señalados el elemento teleológico de la competencia estatal que consiste en el aseguramiento de la "igualdad de todos los españoles" en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ya que obliga a examinar las "condiciones básicas" establecidas por el legislador estatal desde la perspectiva que ofrece el juicio de proporcionalidad, a fin de averiguar si la norma estatal "tiene cobijo en los límites formales y materiales del artículo 149.1.1 CE y, complementariamente, si no contiene una injerencia o restricción de la competencia autonómica". Las condiciones que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados.

En la **STC 134/2006, de 27 de abril,** que resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra diversos artículos del Real Decreto 1740/2003 sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, el Tribunal excluye que la atribución al Estado de competencias en relación con la custodia de la documentación que deben presentar las asociaciones de utilidad pública pueda encontrar cobertura en el artículo 149.1.1 CE, ya que esta competencia no guarda esa relación estrecha con ninguna de las facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación que el Tribunal ha identificado.

También en la **STC 135/2006, de 27 de abril,** relativa a la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina constitucional expuesta y precisa que "en materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a 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).

El Tribunal Constitucional precisa que cuando el contraste de la ley recurrida se haga respecto de preceptos de la Ley Orgánica del derecho de asociación dictados al amparo del artículo 149.1.1 CE y determine la oposición de la primera a la segunda, la consecuencia será la inconstitucionalidad de la ley catalana. Por el contrario, si ésta contuviera una regulación que coincida con la de la Ley Orgánica o incluso la complemente, de modo que permita su integración, la ley se declarará conforme con la Constitución.

Ana de Marcos Fernández
Silvia Díez Sastre

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. A) Impugnabilidad y no consideración como acto de trámite de actos administrativos de destinatario plural: acto de iniciación de expediente de apertura de farmacia. B) Discrecionalidad. a) Discrecionalidad de autorización subordinada a condiciones, en el mercado de la Televisión por cable: acuerdo de integración de Vía Digital en Sogecable. b) Acceso a título de médico especialista: discrecionalidad técnica. **3. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) Acceso a archivos y registros. a) Denegación improcedente de solicitud de un opositor para acceder a los ejercicios y al modelo para resolverlos: existencia de interés legítimo. B) Silencio administrativo. a) Silencio administrativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: derecho a la tutela judicial efectiva. b) Silencio administrativo y control jurisdiccional: expediente de segregación de municipio. c) Inexistencia de silencio positivo por resolución de recurso de alzada, aunque notificada fuera de plazo: solicitud de perímetro de protección de manantiales de agua minero-medicinales. d) Imposibilidad de obtener por silencio positivo en contra de la legalidad: tarjeta de investigador. C) Caducidad. a) Improcedencia del cómputo del plazo del recurso. b) Aplicación de caducidad improcedente: deslinde de terrenos colindantes con dominio público marítimo-terrestre. c) Cómputo del plazo de prescripción de la caducidad: subvenciones e incentivos regionales. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación suficiente: empleo de modelo normalizado. b) Motivación suficiente en el establecimiento de condiciones en autorización subordinada a condiciones en el mercado de televisión por cable. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Ejecución.

a) Falta de ejecución de acto firme y silencio administrativo. **6. Invalidez del acto administrativo.** A) Indefensión inexistente por falta de segunda audiencia, después de la propuesta de resolución. B) Indefensión inexistente en la omisión de trámite de audiencia en autorización subordinada a condiciones en el mercado de televisión por cable. C) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: licencia de actividad de explotación ganadera. D) Anulabilidad por falta de informe preceptivo. E) Inexistencia de indefensión por citación defectuosa para junta general extraordinaria de órgano colegiado: causa de anulabilidad. **7. Eliminación del acto.** A) Revisión de oficio. a) Procedencia de denegación de solicitud de revisión de oficio sin recabar Dictamen del Consejo de Estado: carácter excepcional de este mecanismo. b) Inadmisión improcedente de la solicitud de revisión de oficio.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de mayo a noviembre 2005 con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, y de los meses de mayo a noviembre de 2005 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia, además de algunos pronunciamientos aislados fuera de este período.

De entre todas las sentencias analizadas en este período resulta especialmente importante la **STC 14/2006, de 16 de enero**, en la que el Tribunal concluye considerando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo interpuesto fuera del plazo legal de seis meses establecido para la impugnación del silencio administrativo negativo (artículo 46.1 LJCA), por tratarse de un causa legal de inadmisión que no puede considerarse proporcionada y razonable y por primar la inactividad de la Administración.

Igualmente, merecen ser destacados los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca del Acuerdo del Consejo de Ministros que autoriza condicionadamente la integración de Vía Digital en Sogecable, en materia de televisión digital (**STS de 7 de noviembre**, Ar. 7427, Ar. 7428, Ar. 7664, Ar. 7717y Ar. 7718 y **STS de 29 de noviembre de 2005**, Ar. 107).

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Impugnabilidad y no consideración como acto de trámite de actos administrativos de destinatario plural: acto de iniciación de expediente de apertura de farmacia

La **STS de 17 de mayo de 2005**, Ar. 6372, afirma la impugnabilidad del acto que da inicio al expediente de apertura de oficina de farmacia. De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable a esta materia, dicho acto constituye el acuerdo de convocatoria del procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, cuya adopción se sujeta al cumplimiento y circunstancias establecidas en la norma y pone en marcha un procedimiento de concurrencia en el que pueden participar los interesados que reúnan los requisitos establecidos para acceder a la correspondiente autorización, constituyendo el marco en el que se desenvuelve dicha participación y delimitando los derechos de participación de los interesados. Por ello, no puede calificarse como un mero acto de trámite, pues se excluyen de este concepto "aquellos actos que predeterminan de manera significativa el contenido de actos posteriores de aplicación o desarrollo", calificándose, en general, las convocatorias de procedimientos de concurrencia competitiva, como actos administrativos de destinatario plural que, como tales, son susceptibles de impugnación. Esto en coherencia con una abundante jurisprudencia que, desde hace tiempo, ha reconocido la posibilidad de impugnar separadamente la aprobación de las bases de los concursos.

B) Discrecionalidad

a) Discrecionalidad de autorización subordinada a condiciones, en el mercado de la Televisión por cable: acuerdo de integración de Vía Digital en Sogecable

En el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable, el Gobierno, conforme al artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, subordinó la aprobación de la operación "a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia". El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el control de esta decisión gubernamental en numerosos pronunciamientos: **SSTS de 7 de noviembre de 2005**, Ar. 7427, Ar. 7428, Ar. 7664, Ar. 7717 y Ar. 7718 y **STS de 29 de noviembre de 2005**, Ar. 107.

El Tribunal, en su análisis, en lo que aquí interesa, parte de apreciar que, de entre las dos posibilidades que prevén los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación. Esta última únicamente cabe acordarla cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. El determinar cuándo se da esta imposibilidad y cuándo no, así como cuáles sean las condiciones a aplicar en este último supuesto, es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considera más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre

las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, sino es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 LJCA.

En todo caso, recuerda el Tribunal que no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad. El Gobierno, a través de la motivación, expresará cuáles han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no se puede declarar su invalidez.

b) Acceso a título de médico especialista: discrecionalidad técnica

La **SAN de 23 de mayo de 2005**, Ar. 904, recordando la doctrina jurisprudencial según la cual los tribunales y comisiones de valoración gozan de discrecionalidad técnica en la ponderación de los méritos invocados por los participantes, afirma que se está en presencia de un supuesto de discrecionalidad técnica en el procedimiento excepcional de acceso a título de médico especialista previsto en el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre. La evaluación se realiza por un Tribunal compuesto por cinco miembros, que valora una prueba teórico-práctica y el currículum profesional y formativo del solicitante.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) Acceso a archivos y registros

a) Denegación improcedente de solicitud de un opositor para acceder a los ejercicios y al modelo para resolverlos: existencia de interés legítimo

La **STS de 6 de junio de 2005**, Ar. 6711, reconoce a un opositor la condición de interés legítimo y directo para acceder a los ejercicios de la oposición al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, en el que el participó. También reconoce su derecho a obtener copia de ellos, a sus expensas. Por último, considera el Tribunal que debió serle facilitado al actor el acceso y la copia correspondiente al dictamen que sirvió al Tribunal para establecer el caso práctico objeto del tercer ejercicio de la oposición.

B) Silencio administrativo

a) Silencio administrativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: derecho a la tutela judicial efectiva

La **STC 14/2006, de 16 de enero**, se pronuncia sobre la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por no haberse interpuesto dentro del plazo legal de seis me-

ses establecido para la impugnación del silencio administrativo negativo (artículo 46.1 LJCA). Afirma el Tribunal, enlazando con una jurisprudencia abundante anterior, que no puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales (recuerda esta jurisprudencia, también, la **STS de 21 de octubre de 2005**, Ar. 359). En este sentido, recuerda el Tribunal que, en el caso enjuiciado, la Administración ni resolvió de manera expresa, ni informó a los recurrentes de las consecuencias jurídicas del silencio administrativo negativo, entre ellas, del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Por ello, no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso administrativo como si se hubiera producido una resolución expresa notificada en forma.

En consecuencia, concluye que existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber aplicado los tribunales ordinarios esta causa legal de exclusión de una forma irrazonable y desproporcionada.

b) Silencio administrativo y control jurisdiccional: expediente de segregación de municipio

La **STS de 3 de noviembre de 2005**, Ar. 6571, se pronuncia sobre una desestimación presunta de solicitud de segregación de núcleo de población del municipio correspondiente y una posterior resolución tardía por la que se declaraba la caducidad del expediente de segregación. Entiende la parte actora que la Sala de instancia, al declarar que la resolución tardía era nula de pleno derecho, debió retrotraer las actuaciones al objeto de que la Administración dictase nueva resolución.

Frente a esto, el Tribunal afirma que no puede aceptarse esta construcción. Considera que, desde el momento en que el particular afectado interpone recurso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa frente a una desestimación presunta por silencio, el tribunal sentenciador puede entrar a resolver la cuestión de fondo, sin que necesariamente haya de retrotraer actuaciones para que la Administración dicte resolución expresa. Y si, como ha sucedido en este caso, la Administración dicta luego una resolución tardía, también de sentido negativo, y el recurso contencioso se amplía a la misma, el órgano judicial deberá resolver la impugnación de ambos actos, el expreso y el presunto, como efectivamente ha hecho la Sala de instancia.

En este caso, al entender la Sala que el acto expreso (cuyo fundamento era la procedencia legal de la segregación) era nulo de pleno derecho por incompetencia de quien lo dictó, resulta claro para el Tribunal que sus efectos quedaron radicalmente expulsados del ordenamiento jurídico, por lo que lo único que subsiste tras dicha declaración, es la desestimación presunta por silencio administrativo. Y, frente a ella, puede la Sala entrar a resolver la cuestión de fondo, lo que se justifica en los derechos constitucionales a un proceso sin dilaciones indebidas y a una tutela judicial efectiva. Pretender que pese a la

declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución expresa puedan subsistir sus efectos (la desaparición de la ficción de la desestimación presunta), es algo contradictorio y carente de fundamento legal.

c) Inexistencia de silencio positivo por resolución de recurso de alzada, aunque notificada fuera de plazo: solicitud de perímetro de protección de manantiales de agua minero-medicinales

En la **STS de 21 de octubre de 2005**, Ar. 7359, el Tribunal Supremo tiene oportunidad de pronunciarse sobre una posible infracción del artículo 43.2, párrafo segundo, en relación con los artículos 43.4.a) y 115.2 LRJPCAC. Sostiene el Tribunal que estos preceptos son inaplicables a este supuesto, al no poder extender los efectos del silencio positivo cuando la Administración ha procedido a dictar una resolución expresa, resolutoria del recurso de alzada que es estimatoria, aún parcialmente, de las pretensiones suscitadas, por apreciar la concurrencia de un vicio *in procedendo* en el actuar administrativo.

La inaplicación de estos preceptos deriva de que el recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio de la petición de que se acordara la aprobación de un perímetro de protección de los manantiales de agua minero-medicinales, fue resuelto de forma expresa dentro del plazo de tres meses a que se refiere el artículo 115.2 LRJPAC, si bien se notificó fuera de plazo. Por lo tanto, dicho recurso no puede entenderse ni desestimado, ni estimado, en virtud del instituto del silencio, al deber estarse al contenido material de la resolución administrativa. El Tribunal recoge doctrina de la Sala conforme a la cual no puede seguirse una interpretación tan estricta del deber de resolver en plazo un recurso administrativo que desvirtúe el sentido del precepto, al deber interpretar unitaria y sistemáticamente, la redacción del artículo 115.2 que, tras declarar la obligación de la Administración de resolver y notificar el recurso de alzada en el plazo máximo de tres meses, anuda los efectos del silencio a que, efectivamente, transcurrido ese plazo, se constate que no ha recaído resolución, con el objeto de que quede expedita la vía jurisdiccional para interesar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

Por último, recuerda que la aplicación de la técnica del silencio administrativo debe realizarse por el órgano administrativo y por la Sala sin defraudar los principios de confianza legítima y de buena fe que rigen las relaciones entre la Administración y los ciudadanos en un Estado de Derecho, que en este supuesto no han sido objeto de lesión por la actuación administrativa que ha preservado, además, el principio de seguridad jurídica, al no reconocer un derecho presuntamente adquirido sin respaldo normativo alguno en la legislación sectorial de regulación de las aguas minerales y termales, que fracturaría el equilibrio entre intereses públicos y privados que delimita el ejercicio de las facultades de aprovechamiento de esta clase de aguas.

d) Imposibilidad de obtener por silencio positivo en contra de la legalidad: tarjeta de investigador

La **STS de 13 de junio de 2005**, Ar. 6713, afirma que "para adquirir derechos por silencio en los casos en que conforme a la Ley tiene carácter positivo es preciso que tales derechos existan, que tengan acomodo en el ordenamiento jurídico…". Cuando éste no los contempla, como es el caso de los que pretende el recurrente, no cabe obtener por silencio lo que no se podría haber logrado por acto expreso: una tarjeta de investigador cuya expedición solamente está prevista para personas ajenas a las Cortes Generales que cumplan los requisitos previstos en la Instrucción de 4 de julio de 1984.

C) Caducidad

a) Improcedencia del cómputo del plazo del recurso

La **STS de 7 de junio de 2005**, Ar. 6712, en doctrina sentada en recurso de casación para la unificación de doctrina, afirma que no cabe entender aplicable el instituto de la caducidad a la vía administrativa de recurso. Es decir, en los casos en que la Administración ya ha puesto fin al procedimiento del expediente mediante la correspondiente resolución, pues la vía de recurso no cabe configurarla como una prolongación de los actos que pusieron fin al mismo. La potestad que ejercita la Administración en cada caso, concluye con la resolución correspondiente adoptada en el procedimiento y notificada a los interesados, mientras que en la vía de recurso lo que se ejercita es una potestad distinta, constituyendo un procedimiento administrativo distinto, en el que la inactividad administrativa tiene sus propios y específicos efectos.

b) Aplicación de caducidad improcedente: deslinde de terrenos colindantes con dominio público marítimo-terrestre

El Tribunal Supremo ha establecido ya una consolidada jurisprudencia en torno al plazo máximo para resolver y la improcedencia de la aplicación de caducidad, en los términos regulados por la redacción inicial de la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) a determinados procedimientos de deslinde de oficio del dominio público marítimo-terrestre. En el período de análisis jurisprudencial llevado a cabo en esta crónica, se han manifestado, en este sentido, las **SSTS de 20 de julio de 2005** (Ar. 6674 y 6675), **de 22 de julio de 2005** (Ar. 6676 y 6679), y **de 29 de julio de 2005** (Ar. 6662, 6672 y 6673).

Conforme afirma esta doctrina, ni la Ley de Costas, ni su Reglamento, tienen establecido un plazo máximo para dictar resolución, sin que pueda aplicarse el supletorio de tres meses, que establecía el artículo 42.2 LRJPAC, ya que el procedimiento en cuestión fue iniciado de oficio y no a solicitud de los interesados. Además, tampoco puede calificarse de limitador o restrictivo de derechos, pues el procedimiento de deslinde tiene como finalidad la protección del interés general en declarar o constatar el dominio público marítimo-terrestre definido por la Ley. Debe dejarse, además, constancia que el artículo 92.4 LRJPAC, aunque previsto para los procedimientos iniciados a instancia de los particulares, contempla la inaplicabilidad de la caducidad, como consecuencia de la paralización im-

putable a los administrados, cuando la cuestión suscitada afecte al interés general o fuese conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

Esta doctrina tiene ya un interés histórico, porque la Ley de Costas establece ahora expresamente que el plazo para notificar la resolución de los procedimientos de deslinde es de 24 meses (artículo 12.1, párrafo segundo, añadido por el artículo 120 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre).

c) Cómputo del plazo de prescripción de la caducidad: subvenciones e incentivos regionales

La **SAN de 11 de noviembre de 2004**, Ar. 826/2005, recoge la evolución jurisprudencial en esta materia. Conforme a la doctrina actual, "a partir del momento en que deben quedar cumplidas las condiciones puede ya ejercitarse el derecho a reclamar el reintegro de la subvención por causa de incumplimiento y constituye el día inicial o *dies a quo* a partir del cual ha de computarse el plazo de prescripción de cinco años que establece el artículo 40.1.a) de la Ley General Presupuestaria".

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente: empleo de modelo normalizado

La **STS de 27 de mayo de 2005**, Ar. 6386, afirma que el empleo de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprobable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente. En el caso enjuiciado, considera el Tribunal que, aun siendo cierto que la resolución administrativa se sirve de algunos razonamientos redactados conforme a un formulario aplicado en otros casos, su conclusión es fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal de los recurrentes, plasmada en el informe del instructor obrante en el expediente y que sirvió de base para dicha resolución.

Por su parte, la **STSJ de Canarias de 22 de septiembre de 2005**, Ar. 926, recuerda que es plenamente ajustada a derecho la motivación *in aliunde*, esto es, en referencia a informes técnicos incorporados al expediente.

b) Motivación suficiente en autorización subordinada a condiciones en el mercado de televisión por cable

Conforme a jurisprudencia asentada, la regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos reviste una es-

pecial importancia en materia de concentraciones de empresas, dada la singular función que el legislador ha atribuido, en primer lugar, al Servicio de Defensa de la Competencia y, más tarde y sobre todo, al Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esta naturaleza. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo.

Conforme estos parámetros de enjuiciamiento, la **STS de 7 de noviembre de 2005**, Ar. 7717, entiende suficientemente motivada la imposición de determinación de una de las condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre la integración de Vía Digital en Sogecable. La Exposición de Motivos de este Acuerdo incorpora una fundación que indica de forma suficiente y pertinente las razones que justifican la imposición de condiciones que contribuyen a compensar los efectos restrictivos de la competencia.

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Ejecución

a) Falta de ejecución de acto firme y silencio administrativo

La **STS de 20 de junio de 2005**, Ar. 6886, conoce de un asunto en el que una sociedad mercantil solicita al Ayuntamiento que inicie procedimiento expropiatorio para poder llevar a cabo la ejecución de una previa licencia municipal de construcción. Transcurridos tres meses sin que se le hubiera notificado la resolución de su petición, solicitó certificado de acto presunto y como tampoco esta solicitud fue atendida, transcurrido más de un mes, interpuso recurso contencioso-administrativo en el que pide que se condene a la Administración a ejecutar el acto firme así obtenido: iniciar el procedimiento expropiatorio.

El Tribunal, partiendo de que se trata de un supuesto de silencio administrativo positivo, analiza si concurren los requisitos del artículo 29.2 LJCA para ejecutar este acto administrativo. Y, así, se cuestiona la consideración de la Sala de instancia, que afirma que los "actos firmes" de los que habla el artículo 29.2 LJCA son necesariamente actos expresos, basándose en la Exposición de Motivos de la LJCA, conforme a la cual el recurso se dirige a "obtener de la Administración mediante la correspondiente sentencia de condena (…) la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo". Para el Tribunal Supremo, esta frase no tiene nada que ver con el procedimiento que está analizando, ya que se trata de un procedimiento iniciado a instancia del interesado, supuesto regulado en el artículo 43 LRJPAC, mientras que las consecuencias de la "falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio" se regula en el artículo 44. En este caso concreto, no sólo nos encontramos ante un procedimiento iniciado de oficio, sino que, además tampoco la expropiación que se pide pretende la constitución de un derecho a favor del solicitante o la creación de una situación jurídica individualizada en su beneficio. La empresa solicitante, no pretende adquirir derecho alguno sobre el suelo expropiado, ni es un beneficiario de la expropiación.

Por último, la Sala de instancia entiende que la firmeza de la que se habla en el artículo 29.2 LJCA es la judicial, y no la mera firmeza en vía administrativa y con este argumento llega a la conclusión de que el recurrente tendría que haber interpuesto recurso contencioso-administrativo una vez transcurrido seis meses a partir de aquél en que se produzca el acto ficticio con significado positivo. Frente a esto, el Tribunal Supremo considera que este argumento ha de ser rechazado, ya que, de esta forma, se está confundiendo impugnación de un acto ficticio con significado positivo con la solicitud de que se condene a la Administración a ejecutar un acto firme obtenido mediante la aplicación de esta técnica del silencio administrativo.

6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Indefensión inexistente por falta de segunda audiencia, después de la propuesta de resolución

Si, como sucede en el caso enjuiciado en la **STS de 15 de diciembre de 2005,** Ar. 7748, la parte actora y promotora del expediente fue oída y pudo presentar, como de hecho hizo, sus alegaciones en el expediente, dando en él respuesta a las alegaciones formuladas por distintos organismos y entidades interesadas que habían acudido a trámite de información pública, entonces no se puede entender vulnerado el artículo 84 LRJPAC. El Tribunal recuerda que, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos sancionadores, en los que la propuesta de resolución ha de ser notificada a los internados, el régimen general que prevé el precepto legal referido sólo exige que la audiencia de los interesados se lleve a cabo una vez instruidos los procedimientos y antes de dictar la propuesta de resolución. Una vez dictada ésta, el referido precepto no exige que sean oídos ulteriormente sobre su contenido los interesados.

Por lo demás, ninguna indefensión se produce por la falta de segunda audiencia cuando la parte pudo alegar en la precedente todo lo que tuvo a bien y aportar las pruebas que consideró oportunas.

La vinculación de la omisión del trámite de audiencia con la concurrencia de indefensión material también en **STSJ del País Vasco de 11 de marzo** de Ar. 808.

B) Indefensión inexistente en la omisión de trámite de audiencia en autorización subordinada a condiciones en el mercado de televisión por cable

La **STS de 7 de noviembre de 2005**, Ar. 7717, considera que este motivo de nulidad alegado por las compañías recurrentes debe ser rechazado al no apreciarse que el Consejo de Ministros haya vulnerado el artículo 89.1 LRJPAC. El análisis del expediente evidencia que en todo momento se siguió el procedimiento específico previsto para estos supuestos, esto es, el regulado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en su reglamento de desarrollo. De esta forma, las entidades recurrentes pudieron intervenir en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que tuvo

como objeto dictaminar sobre la operación de concentración y sobre las condiciones a las que podría subordinarse su autorización y las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva, y en el que las personas promotoras interesadas o afectadas por la concentración comparecidas tienen una absoluta libertad para alegar lo que consideren oportuno a la defensa de sus intereses, y que, consecuentemente, pudieron tener conocimiento pleno de los elementos de hecho y de derecho esenciales.

C) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: licencia de actividad de explotación ganadera

La **STSJ de Castilla y León de 21 de octubre de 2005**, Ar. 947, aprecia la concurrencia de la causa de nulidad por falta de competencia de la Asamblea vecinal para resolver sobre la concesión o denegación de la licencia de actividad solicitada, en concreto, para nave agrícola dedicada a la explotación de engorde de ganado vacuno para cebadero. Esta competencia es facultad que corresponde al Alcalde. Para el Tribunal, los datos que arroja el expediente administrativo no acreditan, ni prueban de forma fehaciente e incontestable que el Alcalde votara con la mayoría, en cuyo caso el vicio de incompetencia para resolver quedaría subasanado, según reiterada jurisprudencia, al haber contribuido con su voto a adoptar el acuerdo recurrido.

D) Anulabilidad por falta de informe preceptivo

La **STSJ de Canarias de 30 de septiembre de 2005,** Ar. 929, conoce de la impugnación de un Acuerdo municipal que concede licencia para proyecto de ejecución de vivienda unifamiliar con omisión de informe técnico preceptivo. El Tribunal afirma que la Ley no llega a catalogar la omisión del informe jurídico como un motivo de nulidad radical, sin que, además, se trate de un informe vinculante, por lo que no se produjo un apartamiento claro, manifiesto y ostensible del procedimiento, esto es, no se produjo una omisión total del procedimiento sino de un trámite preceptivo. Por tanto, esta omisión no puede conllevar la nulidad radical del artículo 62 LRJPAC, pero sí incurre en un supuesto de anulabilidad del acto del artículo 63 LRJPAC.

E) Inexistencia de indefensión por citación defectuosa para junta general extraordinaria de órgano colegiado: causa de anulabilidad

La **STSJ de Castilla y León de 14 de enero de 2005,** Ar. 930, analiza la citación para acudir a Junta Extraordinaria de Colegio de Abogados practicada por correo, pero que no se acredita que se haya practicado, para verificar si concurre el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.e) LRJPAC. El Tribunal verifica que sin duda esta citación se realizó de forma defectuosa, puesto que debió realizarse de tal forma que la Administración hubiese tenido constancia de que realmente se citó, con citación personal, a los colegiados; pero esta falta de acuse de recibo en ningún caso, en principio, ocasiona que el órgano colegiado forme su voluntad viciadamente, que es lo que determinaría la vulneración de las reglas esenciales. En consecuencia, no concurre la causa de nulidad del artículo 62.e) LRJPAC, sino sólo una causa de anulabilidad, siempre y cuando se hubiese causado indefensión, que no concurre en el caso.

7. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Revisión de oficio

a) Procedencia de denegación de solicitud de revisión de oficio sin recabar Dictamen del Consejo de Estado: carácter excepcional de este mecanismo

En la **STS de 20 de julio de 2005**, Ar. 6526, el recurrente invoca inadecuadamente una causa de nulidad y, junto a ella, varias causas de anulabilidad. Con ello no se da cumplimiento a lo previsto en el artículo 102.1 LRJPAC en el que, expresamente, se establece, como presupuesto de la revisión de oficio, la invocación de alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1 LRJPAC. Considera el Tribunal que, en estas circunstancias, se justifica la declaración de inadmisión efectuada por el acto administrativo impugnado, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado.

Por su parte, la **STS de 5 de mayo de 2005**, Ar. 7681, recuerda que el artículo 102.1 LRJPAC configura la revisión de oficio con un carácter excepcional, que únicamente debe ser utilizada cuando realmente se detecten vicios que hagan precisa la retirada del acto del mundo jurídico.

b) Inadmisión improcedente de la solicitud de revisión de oficio

La **STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2005**, Ar. 897, parte de afirmar que la Sala no puede entrar a resolver sobre la concurrencia de alguna causa por la que haya que declarar la nulidad del acuerdo impugnado, pues se vulneraría el procedimiento establecido en el artículo 102 LRJPAC. Por consiguiente, lo que pretende dilucidar si es si concurre causa para inadmitir la solicitud formulada.

Recuerda el Tribunal que el artículo 102.3 LRJPAC prevé la posibilidad de inadmitir la solicitud de revisión de oficio, pero sólo en muy concretos supuestos. En concreto, en el caso, la Administración inadmite la petición por considerar que carece manifiestamente de fundamento. No sólo se exige que carezca de fundamento la solicitud, sino también que sea manifiesta esta carencia, esto es, una absoluta y total falta de consistencia.

Del análisis del escrito de solicitud de revisión de oficio, concluye el Tribunal afirmando que no se produce una manifiesta falta de motivación o fundamentación, por lo que es preciso el previo informe del Consejo Consultivo, porque la solicitud de revisión de oficio no carece manifiestamente de fundamento.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Incapacidad de una sociedad anónima para celebrar un contrato con la Administración por no poder acreditar la modificación de sus estatutos en lo relativo a la ampliación del objeto social a la actividad a que se refiere el concurso, al no constar inscrita en el Registro mercantil la escritura pública en la que apareciese dicha modificación estatutaria. **2. Ejecución de los contratos.** A) Suspensión de la ejecución de un contrato de obras por la Administración. Indemnización al contratista. No procede en concepto de pérdida de "beneficio industrial". **3. Extinción de los contratos.** A) La devolución de las garantías una vez transcurrido en exceso el plazo de garantía fijado desde la recepción de la obra, incluye –como indemnización– los intereses legales por la demora. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra.

1. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Incapacidad de una sociedad anónima para celebrar un contrato con la Administración por no poder acreditar la modificación de sus estatutos en lo relativo a la ampliación del objeto social a la actividad a que se refiere el concurso, al no constar inscrita en el Registro mercantil la escritura pública en la que apareciese dicha modificación estatutaria

La **STSJ de Canarias (Sala de Las Palmas) de 7 de octubre de 2005,** Ar. 19, declara nula de pleno derecho la adjudicación por concurso de un contrato administrativo a una determinada sociedad anónima por incapacidad de obrar suficiente para contratar, dado que entre las actividades que constituyen su objeto social no figura aquella que constituye el objeto del contrato adjudicado.

El razonamiento que sigue el Tribunal para llegar a esta conclusión es el que sigue (FD 3º):

> "(...) Las empresas, para contratar con la Administración, deben poseer plena capacidad de obrar, y la misma se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita

en el Registro Mercantil (...). Como sociedad anónima que es la adjudicataria de los contratos, le es aplicable la Ley vigente de sociedades de esa naturaleza (...). Según el artículo 7 de ese texto legal 'la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica'. En la escritura de constitución deberán recogerse los estatutos que han de regir su funcionamiento, y dentro de éstos el objeto social, determinando las actividades que lo integran (...). De lo expuesto se deduce con absoluta claridad que la sociedad adjudicataria, cuando contrató (...) carecía de capacidad de obrar, ya que no pudo acreditar la misma al no constar inscrita en el Registro Mercantil la escritura pública en la que apareciese la modificación de sus estatutos en lo relativo a la ampliación del objeto social a la actividad a que se refiere el concurso. Y al no contar con la plena capacidad de obrar, la adjudicación que el Ayuntamiento efectuó a su favor fue nula de pleno derecho (...)".

2. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Suspensión de la ejecución de un contrato de obras por la Administración. Indemnización al contratista. No procede en concepto de pérdida de "beneficio industrial"

La **SAN de 5 de mayo de 2005,** Ar. 955 (FD 3º) ante la suspensión de la ejecución de un contrato de obras por la Administración afirma que como parte de la indemnización no puede aceptarse que se incluya dentro de la partida denominada "gastos generales" la partida relativa al "beneficio industrial", dado que en el período de suspensión temporal de la obra no se ha ejecutado dicha obra, por lo que no puede haber beneficio industrial, y por ello no cabe indemnización por un daño inexistente. Por el contrario sí cabe la indemnización en concepto de "gastos generales" en sentido estricto (gastos de carácter general de la ejecución de la obra: administración, financiación, etc.), pues dichos gastos seguirán produciéndose con independencia de la ejecución del contrato.

Resulta también de interés el análisis que realiza la **SAN de 10 de marzo de 2005,** Ar. 845 (FFDD 3º, 4º y 5º) de la indemnización al contratista como consecuencia de la suspensión de la ejecución de las obras por la Administración, atendiendo a los conceptos de "costes directos", "costes indirectos" y "costes generales".

3. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) La devolución de las garantías una vez transcurrido en exceso el plazo de garantía fijado desde la recepción de la obra, incluye –como indemnización– los intereses legales por la demora

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2004,** Ar. 830 (FD 3º), afirma que habiendo transcurrido en exceso el plazo de garantía desde la recepción de la obra fijado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la fecha de la reclamación del contratista, y no constando la exigencia de responsabilidades, resulta

procedente dicha devolución de garantías, con los intereses legales computados desde la fecha de la finalización de dicho plazo de garantía, como indemnización por la demora, si bien, tales intereses serán los establecidos en la Ley de Presupuestos, sin incremento alguno, al no establecerse por la Ley.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra

Como precisa la **STS de 30 de septiembre de 2005,** Ar. 7302 (FD 3º) las certificaciones de obra constituyen "un auténtico título de crédito" cuyo reconocimiento por la Administración "está comprendido en el acto administrativo que autoriza o acuerda su expedición".

En sentido idéntico *vid.* también, entre otras, las **SSTS de 22 de diciembre de 2005,** Ar. 7300 (FD 1º) y **de 21 de octubre de 2005,** Ar. 7933 (FD 1º).

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Administración del Estado. Las Direcciones Generales deben ser desempeñadas por funcionarios de carrera salvo excepción debidamente motivada. 2. Organismos públicos. Naturaleza jurídica de ciertos actos emitidos por la entidad estatal Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea (AENA). 3. Administración local. A) Competencias municipales. Competencias en materia de control de establecimientos de artículos pirotécnicos. B) Organización municipal. a) Imposibilidad de delegación de potestad reglamentaria. b) Sustitución del Alcalde en la Presidencia del Pleno por el Teniente de Alcalde. Sustitución no es igual a delegación. C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. a) Impugnación de acuerdo de la Corporación por concejal. Las mociones que no son objeto de votación no son susceptibles de impugnación. b) Los miembros de las Corporaciones Locales tienen legitimación para impugnar los actos de los órganos de las mismas de los que no forman parte. D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Efectividad de la pérdida de la condición de Concejal por renuncia al cargo presentada por escrito ante el Pleno. b) Derecho de los Concejales a la información sobre los asuntos municipales.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Las Direcciones Generales deben ser desempeñadas por funcionarios de carrera salvo excepción debidamente motivada.

Las **SSTS de 7 de diciembre de 2005,** Ar. 379 y 854, estiman parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado contra el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura básica de los departamentos ministeriales. La impugnación de ambos recursos se fundamenta en la lesión de la regla general de que las Direcciones Generales sean desempeñadas por funcionarios de carrera, sin que se acrediten mediante la adecuada motivación las condiciones específicas a que se someten

las excepciones, y que según el artículo 18.2 de la LOFAGE sólo pueden consistir en la confidencialidad del cargo por razón de las funciones a desempeñar, o en la falta de funcionarios con la necesaria competencia profesional y la experiencia para ese fin.

El Tribunal estima que la motivación contenida en el Real Decreto impugnado, así como en la memoria, no satisface adecuadamente los mínimos exigidos pues las expresiones que se usan para justificar la excepción son tan genéricas [(…)"en atención a las características específicas"; "en atención a la complejidad y a las condiciones específicas del puesto; "debido al especial conocimiento de la materia que se requiere para el desempeño de la misma" (…)], que nada indica que los especiales conocimientos y experiencias a que se refieren, o las características, condiciones y complejidades que se predican de alguna de ellas, no se posean por los funcionarios de nivel superior, ya que no se fundamenta que éstos carecen de capacidad adecuada, ni expresan en qué consisten las especificidades que permiten relevar el régimen general de provisión de la Direcciones Generales por funcionarios de carrera.

2. ORGANISMOS PÚBLICOS

Naturaleza jurídica de ciertos actos emitidos por la entidad estatal Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea (AENA).

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Comunidad de Madrid, núm. 32/2006, de 10 de febrero**, Ar.198, desestima la demanda interpuesta por *Spanair* y su alianza *Star Alliance* contra el Acuerdo de 2 de noviembre de 2004 del Consejo de Administración de AENA, por el que modificó otro anterior sobre asignación de espacios en el aeropuerto Madrid-Barajas con motivo de su ampliación.

AENA, como entidad pública empresarial, puede situarse en la zona límite del Derecho Administrativo y del Derecho Privado. Este Juzgado recuerda el argumento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 2005, que afirmaba: "(...) AENA se crea como ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, sometida al derecho privado en lo relativo a sus relaciones patrimoniales, pero *ajustándose en el desarrollo de sus funciones públicas a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y demás Leyes que le sean de aplicación*" (artículo 82, apartado uno.2 del artículo 82 citado de la Ley 4/1990). El mismo precepto establece en su segundo párrafo que "los actos que dicte el ente público en el ámbito de sus funciones públicas agotarán la vía administrativa, excepto en materia tributaria, en que serán recurribles en vía económico-administrativa, sin perjuicio en ambos casos del posterior acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...)". Pues bien, de esta sentencia podemos extraer la conclusión de que nos hallamos en el supuesto presente ante un acto sometido al Derecho Administrativo, porque se adopta en ejercicio de facultades de naturaleza pública, sin que en modo alguno pueda pensarse que nos hallamos ante un acto situado en el tráfico privado o en las relaciones meramente patrimoniales del ente. Leyendo los motivos que justifican la adopción del acuerdo im-

pugnado, se corrobora esta afirmación puesto que el equilibrio en la utilización de las infraestructuras, la prestación de un servicio de calidad equivalente en las dos áreas terminales resultantes de la ampliación, la ausencia de necesidad de realizar nuevas inversiones a corto plazo, la maximización de las posibilidades de crecimiento de las compañías, la proporcionalidad y equilibrio en el servicio ofertado a los viajeros y, en definitiva, la sujeción a los principios de transparencia, eficacia, proporcionalidad y no discriminación, en modo alguno operan en una relación jurídico-privada, sino que van más allá de los intereses meramente comerciales y de explotación tanto de AENA, como de las compañías aéreas, y tienen un componente público que no se puede rechazar. Sería difícil sostener que el acto de distribución de las compañías aéreas entre las dos áreas terminales con carácter general es un acto sometido a derecho privado, puesto que la concesión del espacio concreto que han de ocupar en cada una de ellas, verdadero acto de atribución de una concesión de uso y aprovechamiento del dominio público aeroportuario, resulta de forma incuestionable sometido al Derecho Administrativo (véase la STS de 24 de noviembre de 2003).

El Consejo de Administración de AENA modificó su acuerdo inicial provisional, no constitutivo de derechos, de 30 de junio de 2003, porque consideró que aquél no se ajustaba a los fines pretendidos y no suponía una adecuada organización y gestión del espacio aeroportuario y de los intereses generales del tráfico aéreo. El nuevo acto, que ubica a *Spanair* en la Terminal T-2, es conforme a derecho, pues, al contrario de lo que argumentaba la parte actora, no se tomó de forma arbitraria sino que existe una serie de elementos reglados dentro del acto que pueden ser objeto de dicho control.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Competencias municipales. Competencias en materia de control de establecimientos de artículos pirotécnicos

La **STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2006**, Ar. 84300, desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Delegación del Gobierno en Cataluña, contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, que confirmó el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Badalona por el que denegaba a un particular la licencia de actividad de venta de productos de pirotecnia.

La Administración estatal entendía que la Ordenanza Municipal de Badalona de 27 de marzo de 2001, sobre establecimientos de venta de productos pirotécnicos, comprendía, en su artículo 13, requisitos que excedían de la fiscalización del emplazamiento de los establecimientos de venta de material pirotécnico de competencia municipal, al imponer su emplazamiento en zonas calificadas como industriales y en edificios industriales. Ello vulneraría los artículos 188, 194 y 198 del Reglamento de Explosivos (Real Decreto 230/1998) y la Instrucción Técnica Complementaria 19, apartado 2-1, del citado Reglamento, que regula la venta, las características y las normas de ubicación de los establecimientos de venta de los artificios pirotécnicos.

La Sala de apelación entiende que no puede prosperar la alegación de la Administración del Estado, por cuanto el artículo 13 de la Ordenanza municipal tiene cobertura en la competencia municipal en materia de seguridad, protección civil, prevención y extinción de incendios, a tenor del artículo 25 de la Ley de Bases del Régimen Local. Además, el Ayuntamiento, en virtud de sus competencias urbanísticas, puede ordenar los usos admisibles y fijar los ámbitos en que será admisible la actividad de venta al por menor de productos pirotécnicos. En consecuencia, el citado artículo 13 no invade competencia estatal alguna.

B) Organización municipal

a) Imposibilidad de delegación de potestad reglamentaria

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en su **STSJ de 23 de noviembre de 2005**, Ar. 71082, estima el recurso interpuesto por varios taxistas contra el Decreto de 28 de julio de 2003, del Ayuntamiento de Bilbao, por el que se desarrolla el artículo 71 del Reglamento Municipal de los Servicios Urbanos e Interurbanos en Automóviles Ligeros.

Dicho precepto contiene una delegación o remisión a un Decreto del Alcalde para la regulación de los dispositivos o mecanismos de control de la medida de limitación horaria en la jornada laboral. Esta delegación se estima contraria al artículo 3.3 de la Ley del País Vasco 2/2000, de 29 de junio, sobre atribución a la Ordenanza del Ayuntamiento de la regulación de la materia, siendo competencia del Pleno la aprobación de tales ordenanzas en la legislación local y no cabiendo remisión a un Decreto municipal que no es Ordenanza ni reglamento, sino una simple resolución municipal. El Tribunal matiza, reiterando lo dispuesto en sentencias anteriores, que "es ostensible igualmente que no sólo la Ordenanza es el instrumento formal mediante el cual se ejerce la potestad reglamentaria de los Entes Locales –artículo 4 LBRL–, sino que concurren con ellas los Reglamentos y los Bandos de la Alcaldía –artículo 75 LBRL–"· Pero a continuación considera que "no se puede delegar en el Alcalde el ejercicio de la potestad reglamentaria o de Ordenanza por parte del Pleno municipal –artículo 22.4 Ley 7/1985–, y tampoco se le reconoce al mismo una facultad propia de desarrollo o ejecución de los reglamentos municipales, ni una competencia reglamentaria genérica o residual fuera del supuesto de los Bandos". Termina la Sala por aclarar que en este caso prevalece la disposición autonómica que atribuye la concreta competencia al Ayuntamiento mediante Ordenanza, prefigurando la necesidad de que sea el Pleno y no otro órgano municipal el que protagonice la regulación.

b) Sustitución del Alcalde en la Presidencia del Pleno por el Teniente de Alcalde. Sustitución no es igual a delegación

La **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2006**, Ar. 250, estima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Caldes D'Estrac contra sentencia del Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo de Barcelona que anuló los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento en una determinada sesión, ya que no se acreditaron las circunstancias que determinaron la sustitución del Alcalde por el Teniente de Alcalde, cuando no se había efectuado expresa delegación de funciones.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, el Alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo las de convocar y presidir las sesiones del Pleno. De acuerdo con el artículo 22.1 del mismo cuerpo legal, el Pleno, integrado por todos los concejales, es presidido por el Alcalde. Para su válida constitución el artículo 90 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales requiere la asistencia de un tercio del número legal de miembros, que nunca podrá ser inferior a tres, y que, en todo caso, se requiere la asistencia del Presidente y del Secretario de la Corporación o de quienes legalmente le sustituyan. De acuerdo con los párrafos 3 y 4 del artículo 23 de la Ley de Bases del Régimen Local, los Tenientes de Alcalde sustituyen, por el orden de su nombramiento y en los casos de vacante, ausencia o enfermedad al Alcalde, siendo libremente designados y removidos por éste de entre los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, de entre los concejales. A partir de la anterior regulación, a la que hay que añadir los artículos 52 a 56 y 98 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, de la Generalitat de Cataluña, el Tribunal considera que el Alcalde no puede delegar su competencia de presidir los Plenos del Ayuntamiento en el Teniente de Alcalde, pero sin embargo sí está permitida su sustitución en caso de "vacante, ausencia o enfermedad", ya que las normas deben ser interpretadas de forma que no desemboque la interpretación en situaciones absurdas, principio jurídico básico que debe presidir toda interpretación, y entenderlo de otra forma llevaría a entender que en los supuestos de ausencia del Alcalde, no se podrían convocar ni presidir Plenos. En este sentido deben interpretarse el artículo 21 del Texto Refundido de Régimen Local y el artículo 47 ROF.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

a) Impugnación de acuerdo de la Corporación por concejal. Las mociones que no son objeto de votación no son susceptibles de impugnación

La **STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 2005**, Ar. 7536, inadmite el recurso contencioso-administrativo presentado por un concejal contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lorca, adoptado en sesión de 24 de junio de 2002, sobre obras en un puente objeto de concesión.

Con fecha 21 de diciembre de 2001 el Pleno había ratificado la adjudicación de obras de adecuación del cauce del Río Guadalentín, que implicaban actuaciones en un puente centenario. En sesión de 28 de enero de 2002 el Grupo Popular presenta una moción para modificar el proyecto, en cuanto podía dar lugar a una intervención ilegal en un bien protegido y catalogado. En dicha sesión se acordó por unanimidad solicitar informes técnicos sobre la compatibilidad de la actuación a ejecutar con el nivel de protección del puente. Cumplimentados los informes, el 22 de mayo de 2002 el Grupo Popular formula una pregunta al Alcalde para saber si ha tomado o no la decisión de ejecutar la interven-

ción sobre el ojo del puente prevista en el proyecto. En la sesión de 24 de junio de 2002 se informó al Pleno del contenido de los informes técnicos y, en respuesta a la pregunta de un concejal del Grupo Popular, el Alcalde responde que se ha tomado la decisión de ejecutar el proyecto.

A través de esta respuesta del Alcalde, que tuvo lugar en la sesión de 24 de junio de 2002, el concejal pretende impugnar la ejecución del proyecto citado, que se ratificó el 21 de diciembre de 2001, sin que conste el voto en contra del concejal interesado. En consecuencia, el Tribunal entiende que dicha ejecución "es un acto consentido y firme, sin que conste que se haya producido una desviación en la ejecución del mencionado proyecto que pudiera justificar una reclamación y eventual recurso jurisdiccional". Entiende, además, que el proyecto inicial –que no ha sido impugnado– podría haber sido modificado por el procedimiento previsto en el artículo 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y la resolución que se dictase podría ser recurrible en el caso en que el concejal que la impugnase hubiese votado en contra del acuerdo. Sin embargo, continúa el Tribunal, "lo que no cabe admitir es que la moción presentada y las actuaciones posteriores (petición de informes, etc.) constituyan un procedimiento que haya culminado con un acto administrativo impugnable, porque no se ha seguido el procedimiento para ello establecido ni ha existido acuerdo del Pleno, sin que la moción suscitada sirva de cauce para las pretensiones de modificación sin haber sido sometido en forma a decisión propiamente dicha ante el órgano competente".

La Sala procede a analizar el régimen legal de las mociones y de las preguntas presentadas en los plenos, comentando lo dispuesto en los artículos 91.4, 97, 98, 208, 209 y 218 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales. Estos últimos se refieren a la ejecutividad de los actos mientras no se anulen o suspendan, sin perjuicio de que puedan ser impugnados si ponen fin a la vía administrativa También cabe la utilización del cauce de la revisión frente a un acto firme como era el proyecto y el contrato de ejecución, lo que no se ha planteado aquí. Por tanto, "no existe en nuestro caso un acto susceptible de impugnación en vía jurisdiccional, porque la moción no fue culminada con la correspondiente votación".

b) Los miembros de las Corporaciones Locales tienen legitimación para impugnar actos de los órganos de las mismas de los que no forman parte

La **STC 108/2006, de 3 de abril,** anula la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo el 15 de enero de 2003, así como la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de julio de 2003, por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de un Diputado Provincial del PSOE de Galicia.

Este Diputado Provincial interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de fecha 14 de diciembre de 2001, del Presidente de la Diputación Provincial, por el que decidió suscribir un contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo con

una persona. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo dictó Sentencia por la que estimó la falta de legitimación activa del Diputado, declarando la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con el artículo 69.b) de la Ley contencioso-administrativa (LJCA). El Juzgado razona que el demandante no podía alegar como título legitimador el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBL), en relación con el artículo 20.a) LJCA, pese a que había interpuesto el recurso en su condición de Diputado Provincial, y ello porque no se cumple el requisito de haber votado en contra del acuerdo impugnado que exige aquel precepto. Además carecería de interés legítimo como particular. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la interpretación realizada por el Juzgado y añadió que no cabe admitir un interés legítimo del demandante basado en la defensa genérica de la legalidad, sin que tampoco pueda estimarse como interés legítimo el interés político como es la facultad de control y fiscalización de la labor de gobierno provincial.

El Tribunal Constitucional, recordando la doctrina sentada en la STC 173/2004, concluye que el recurrente goza de la legitimación específica de los miembros de las corporaciones locales para impugnar la actuación de la corporación local a la que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha Corporación en virtud de su mandato representativo. Los Diputados Provinciales, como los Concejales, ostentan la condición de representantes populares en las correspondientes Corporaciones Locales, condición de la que dimana su legitimación *ad hoc* para poder impugnar los actos de la Diputación Provincial que consideren contrarios al ordenamiento jurídico y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de los fines propios y específicos de la provincia como entidad local. El Diputado Provincial, por su condición de miembro –no de órgano– de la Diputación, está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a la que pertenece, en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado del que forme parte (Pleno o Junta de Gobierno), no hubiera votado en contra de su aprobación.

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) Efectividad de la pérdida de la condición de concejal por renuncia al cargo presentada por escrito ante el Pleno

Por **STS de 23 de enero de 2006**, Ar. 729, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, a través del cauce especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por varios Concejales contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Bailo, de 7 de junio de 2004, por la que se acordó tomar razón de la renuncia de los recurrentes al cargo de Concejal y contra la expedición de credenciales realizada por el Presidente de la Junta Electoral Central el 17 de junio de 2004 a favor de los tres siguientes candidatos de la lista.

El 7 de junio de 2004 los recurrentes procedieron a leer ante el Pleno su escrito claro e inequívoco de renuncia al cargo de Concejal, tras lo cual fueron preguntados sobre su decisión, en la que ellos se ratificaron tras un breve debate. Sin embargo, con fecha de 9

de junio de 2004, los demandantes comunicaron al Alcalde que retiraban la dimisión y el día 13 de agosto procedieron a interponer recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno de 7 de junio de 2004 por el que se acordó tomar razón de su renuncia al cargo y contra la consiguiente expedición de credenciales por el Presidente de la Junta Electoral Central. Los demandantes alegan que se retractaron antes de la toma de razón de su renuncia, pues a tal efecto carecía de virtualidad la sesión en la que la presentaron, ya que su escrito no estaba incluido en el orden del día ni hubo decisión del Alcalde que declarase su urgencia para incluirla.

La Sala, siguiendo la doctrina de la STC 214/1998, de 11 de noviembre, considera que "el ámbito material del derecho fundamental incluido en el artículo 23.2 de la Constitución no se circunscribe al momento inicial del acceso a los cargos públicos, sino que se proyecta durante todo el mandato, pues garantiza que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas, y, en su vertiente negativa, ello implica que la renuncia a los cargos públicos forma parte del conjunto de facultades integradas en dicho artículo 23.2". Sin embargo, dada la fuerza probatoria que nuestra legislación reconoce a un documento público (artículos 317.5º y 319 LEC), como es la certificación del Secretario del Ayuntamiento, no hay duda que la lectura del escrito fue aceptada por unanimidad de los miembros de la Corporación y que tras su lectura los demandantes se ratificaron en su decisión. La propia doctrina del Tribunal Constitucional indica que para que la renuncia opere como causa legítima de pérdida de la condición de Concejal es necesario que se haga efectiva por escrito ante el Pleno de la Corporación (artículo 9.4 del ROF), "lo que sitúa el momento de la renuncia en aquél en que la misma se hace efectiva ante el Pleno, esto es, no cuando se presenta en el Registro de la Corporación Municipal, sino precisamente cuando, registrada en el Ayuntamiento, dicha renuncia es llevada al Pleno, siendo ahí, en ese instante, cuando se hace efectiva y siendo posible su revocación antes de que el Pleno tome conocimiento de aquélla". Por ello la Sala entiende que "la Corporación no dispone de un margen de apreciación que le permita aceptar o rechazar la dimisión del Concejal, sino que se limita a quedar enterada de aquella renuncia libremente formulada, bastando con ello para que ésta sea efectiva, de modo que lo que se materializa en la toma de razón no es propiamente un acto de voluntad de la Corporación sino un acto de conocimiento". Por ello, "no resulta exigible que la toma de razón de la renuncia se someta específicamente a votación, pues su propia naturaleza de mero acto de conocimiento hace que éste se produzca, sin necesidad de votación alguna, por la sola presentación y lectura del escrito de renuncia ante el Pleno de la Corporación".

b) Derecho de los Concejales a la información sobre los asuntos municipales

La **STS de 2 de diciembre de 2005**, como tantas otras, considera vulnerado el derecho fundamental del demandado establecido en el artículo 23.2 de la Constitución, por la negativa a proporcionar información a un Concejal sobre los asuntos municipales.

El Concejal demandante reclamó de la Alcaldía del Ayuntamiento de León una serie de información relativa a bienes adquiridos por el Municipio y una relación de mandamientos de pago "a justificar", basando su petición en el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución. La Sentencia impugnada justifica la estimación del recurso en que el artículo 23.2 de la Constitución, reconoce a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las Leyes, lo que garantiza, no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que quienes han accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga. El artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone que "todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informes obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función", lo que, a su vez, se desarrolla en los artículos 14 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, de donde se deduce que, el Concejal, una vez ha accedido al cargo, participa de una actuación pública, que se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos municipales; entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales, y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para su labor de control, como para documentarse con vistas a decisiones a adoptar en el futuro.

Pedro A. Martín Pérez
Vanesa Rodríguez Ayala
Jesús del Olmo Alonso
Miguel Sánchez Morón

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Es contrario al principio de tipicidad que la norma sancionadora no gradúe las infracciones en función de su gravedad ni establezca los criterios para ello. Excepción en el régimen disciplinario parlamentario. B) Principio de tipicidad y admisión de tipos genéricos: el criterio de la imprevisibilidad. C) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) El principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable no puede incluirse en el artículo 25.1 CE. B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora. C) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco: un cambio en la norma no sancionadora que limite el alcance del supuesto de hecho de la norma sancionadora en blanco da lugar a una nueva Ley sancionadora más favorable que deberá aplicarse retroactivamente. **4. Antijuridicidad. Elemento necesario de la infracción.** A) Las vertientes material y formal de la antijuridicidad. B) El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. C) Ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito militar. Incumplimiento de una orden que lo conculca. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Fundamentos constitucionales del principio de culpabilidad. B) El principio de culpabilidad también opera a la hora de apreciar las circunstancias agravantes. C) Especial extensión del deber de diligencia en función de la profesionalidad del infractor y del peligro para los derechos fundamentales de su actividad. D) El tamaño y especialización de la empresa infractora permiten inferir el dolo o intencionalidad. E) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la culpabilidad. **6. Sujetos responsables.** A) La responsabilidad subsidiaria de los administradores en el ámbito tributario no lo es por actos de otro. B) Carácter excepcional

de la responsabilidad solidaria: exigencia de norma con rango de ley. **7. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: *non bis in idem*.** A) Infracción continuada. Elementos. B) La prohibición de *bis in idem* se configura como un derecho fundamental. C) La prioridad de la jurisdicción penal garantiza la vinculación de la Administración a los hechos que la sentencia judicial firme considere probados pero no a las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos. D) *Non bis in idem*: consiente sanciones disciplinarias por cometer delitos dolosos no específicos de los funcionarios. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Momento en que se debe satisfacer el derecho a ser informado de la acusación. B) Alcance del derecho de defensa de los responsables subsidiarios en el ámbito tributario. C) Derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario. D) Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador. Garantías. E) El instructor puede formar parte de un órgano colegiado sancionador si su sustitución como tal se produjo antes de la apertura de la fase de prueba. F) La falta del trámite de audiencia no es subsanable por la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales. G) En vía de recurso administrativo la Administración puede resolver la retroacción de las actuaciones al momento en que se haya generado la indefensión. **9. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) Derecho a conocer la denuncia cuando ésta constituye prueba de cargo. B) La posibilidad de solicitar prueba en el proceso judicial hace que las irregularidades de este trámite en el procedimiento administrativo puedan no ser invalidantes. C) No existe derecho del imputado a intervenir en las actuaciones previas a la formulación del pliego de cargos en los expedientes disciplinarios militares. D) El garante por Ley de que no se cometa una infracción se presume culpable de la misma si ésta llega a realizarse. Sobre él pesa la carga de probar las circunstancias que justifiquen su actuación y eliminen su responsabilidad. E) Prueba testifical: pueden ser testigos los miembros del órgano colegiado competente para dictar la resolución sancionadora. F) Prueba testifical: inexistencia de las tachas propias del proceso civil. G) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado. H) Valor probatorio de los atestados policiales. I) Diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. J) La denominada presunción de inocencia invertida. **10. La resolución del procedimiento sancionador.**

A) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución puede modificar la infracción contenida en la propuesta en caso de identidad del hecho sancionado y homogeneidad de las faltas. B) Discrepancia entre la sanción contenida en la propuesta de resolución y la sanción finalmente impuesta. C) Exigencias de la motivación: no es suficiente la mera referencia al precepto legal infringido.

D) La imposición de una sanción más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima exige una especial motivación. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) Actividad reglada o discrecional de la Administración. B) Deben apreciarse todas las circunstancias concurrentes, incluso con efectos agravatorios, aunque no estén expresamente tipificadas.

C) La existencia de una infracción continuada permite la imposición de la sanción en su grado superior. **12. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) La prescripción de las infracciones tributarias: no la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección.**13. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) No procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la sanción de multa haya estado suspendida. B) Abono para el cumplimiento de la sanción de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente. C) Sólo la Administración puede decidir el periodo de cumplimiento de la sanción, una vez firme. **14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Posibilidad de sustituir o modular la sanción. B) Posibilidad de subsanar en vía contencioso-administrativa ciertas irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo sancionador.

C) Anulación de una sanción firme por declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada. D) La omisión de un informe preceptivo determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta emitiendo el informe.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La reclamación del pago de las sanciones tributarias impuestas a una entidad mercantil que se hace a sus administradores como responsables subsidiarios (**STC 85/2006, de 27 de marzo**, recurso de amparo).

B) Actos que no constituyen sanción

La obligación, impuesta en la resolución sancionadora, de reponer el medio alterado a su estado y ser anterior (**STC 98/2006, de 27 de marzo**, recurso de amparo).

La medida cautelar de arresto domiciliario, adoptada en el seno de un procedimiento disciplinario militar (**SSTS de 11 de abril y 11 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5181 y 6649, respectivamente).

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Es contrario al principio de tipicidad que la norma sancionadora no gradúe las infracciones en función de su gravedad ni establezca los criterios para ello. Excepción en el régimen disciplinario parlamentario

La **STC 98/2006, de 27 de marzo**, reitera esta doctrina a propósito de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, que tras la enumeración de las conductas infractoras no gradúa las infracciones dentro de las categorías de gravedad que ella misma establece. La Sala recuerda que "estimamos contrario al principio de legalidad (art. 25.1 CE) que se difiera al momento aplicativo de la potestad sancionadora la concreción de si una determinada conducta, correctamente tipificada como infracción en el art. 38 LCEN, 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'."

Una discutible excepción a esta regla puede encontrarse en la **STC 129/2006, de 24 de abril,** recurso de amparo. Un parlamentario de la Cámara vasca impugna en amparo una sanción impuesta por el Pleno de esta institución por la que se le suspende de sus derechos y deberes de parlamentario durante el plazo de un mes. El precepto en el que tiene su fundamento la sanción ni establece límite temporal alguno a la duración de aquélla ni criterios de graduación de las sanciones en su correspondencia con las infracciones. El Tribunal justifica estas ausencias en la propia singularidad de la sanción, al ser normativamente imprevisible la determinación del tiempo de mandato que reste al parlamentario. Sin embargo, en contrapartida, la Sala mantiene que "la garantía de previsibilidad subjetiva inherente al principio de legalidad deberá ser no obstante satisfecha mediante los usos parlamentarios y la aplicación del precedente (...), esto es, a la normatividad decantada a partir de (esos) usos y costumbres". A nuestro juicio, esta excepción a las consecuencias del principio de legalidad en el ámbito sancionador, que se trata de salvar a través de esa extraña referencia a la normatividad de los usos y costumbres como si con ello se satisficiera la referencia a la "legislación vigente" que contiene el art. 25.1 CE –por cierto, ya matizada al admitirse que sea el Reglamento del Parlamento la norma

sancionadora originaria–, puede tener alguna justificación en lo referente a la no fijación de un límite temporal máximo a la sanción, pero no se encuentra ninguna en lo relativo a la falta de establecimiento de criterios de graduación.

B) Principio de tipicidad y admisión de tipos genéricos: el criterio de la imprevisibilidad

Un parlamentario había sido sancionado disciplinariamente por haber pulsado el botón de presencia de otro parlamentario ausente, lo que tenía efectos a la hora de determinar el quórum necesario para la votación. El precepto sancionador se limitaba a efectuar una genérica referencia al incumplimiento de los deberes de los parlamentarios, lo que se ponía en conexión con otro precepto donde se establecía el deber de los parlamentarios de "desempeñar las funciones a que reglamentariamente vengan obligados". La **STC 129/2006, de 24 de abril,** aunque reconoce la indeterminación de la norma sancionadora, concluye que no hay lesión –que exige que sea real y efectiva para poder otorgar el amparo– del derecho a la legalidad sancionadora "pues no puede considerarse imprevisible para un parlamentario que la conducta de pulsar el botón de presencia de otro parlamentario es una conducta sancionable por infringir los deberes del recto ejercicio del cargo".

C) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora

En aplicación de la regla jurídica que establece que "no cabe la igualdad en la ilegalidad", la **STS de 11 de abril de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5181, sostiene que "los autores de una acción ilícita no tienen derecho a no ser sancionados porque otra acción similar no haya sido investigada, ya que cada cual responde de su propia conducta infractora".

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) El principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable no puede incluirse en el artículo 25.1 CE

Y, por tanto, su vulneración no es susceptible de recurso de amparo. Así lo reitera la **STC 85/2006, de 27 de marzo.**

B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora

Encontrándose en sede contencioso-administrativa la impugnación de una sanción tributaria, entró en vigor la LGT de 17 de diciembre de 2003, que establecía un régimen sancionador más favorable que la LGT anterior. Ante esta situación, la **STSJ de Castilla y León/Burgos, de 16 de septiembre de 2005,** Ar. 1353 de 2006, considera que "la validez de la resolución no queda afectada por la garantía de aplicación de la disposición sancionadora más favorable al no aplicarse ésta a los procedimientos ya concluidos". Pero entiende, asimismo, que "la vigencia del nuevo régimen sancionador ha de determinar la pérdida sobrevenida de la ejecutoriedad de una actuación administrativa que

ha perdido la norma legal de cobertura y, por lo tanto, la legitimidad que hasta entonces le confería la vinculación positiva de la Administración al principio de legalidad". Ello determina, en fase jurisdiccional, "la pérdida sobrevenida de los efectos ejecutorios de la sanción impuesta o, en su caso, del exceso económico de la misma a partir de la fecha de su entrada en vigor".

C) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco: un cambio en la norma no sancionadora que limite el alcance del supuesto de hecho de la norma sancionadora en blanco da lugar a una nueva Ley sancionadora más favorable que deberá aplicarse retroactivamente

La empresa *Agrícola Aguileña* fue sancionada por la realización de unos trabajos de nivelación para la instalación de unos invernaderos dentro del Parque Regional Costero-Litoral de "Cabo Cope y puntas de Calnegre", calificados como infracción en la Ley 4/1989 de Protección de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestres. Con posterioridad, la Ley 1/2002, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, llevó a cabo una modificación normativa a resultas de la cual "la finca en la que se llevaron a cabo los hechos sancionados ya no se encuentra dentro de los límites del Parque Regional, habiendo desaparecido las limitaciones y prohibiciones contenidas en la misma, y, en consecuencia, la presunta infracción". Por ello, la **STS de 22 de febrero de 2005,** Sección 50, Ar. 5175, sobre la base de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, anula la sanción impuesta.

Por su parte, la **STS de 4 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5180, anula la sanción impuesta a un Guardia Civil por ausentarse, sin autorización de sus superiores, de su lugar de residencia habitual. La Orden General n.º 2 de 13 de enero de 2003, flexibilizando el régimen anterior, permite que el personal franco de servicio pueda desplazarse libremente por el territorio nacional con la única limitación de que el desplazamiento permita la pronta reincorporación del ausente si las necesidades del servicio lo exigieran y el poder ser localizado. Esta Orden General fue aprobada con posterioridad a la imposición de la sanción, no obstante, estima la sentencia, en línea con pronunciamientos anteriores, que esta norma "produce sus efectos sobre hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a su vigencia, aun cuando la norma aplicable en el momento de la comisión de los hechos fuera otra, y ello como consecuencia de la aplicación en el ámbito disciplinario del principio de la retroactividad de la Ley más favorable".

4. ANTIJURIDICIDAD. ELEMENTO NECESARIO DE LA INFRACCIÓN

A) Las vertientes material y formal de la antijuridicidad

Se había sancionado a *Telefónica de España*, SA con una multa de 450 millones de pesetas por el incumplimiento de una medida provisional acordada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la que se le ordenaba tramitar las solicitudes de preasignación de operador presentadas por BT y RSL COM de acuerdo con los procedimientos y plazos

establecidos en la correspondiente Circular de la CNMT. En concreto, el incumplimiento consistía en que Telefónica había establecido un límite máximo diario de 20 solicitudes y exigía el envío de las copias originales de solicitudes de preasignación, cuando ninguno de estos límites estaban recogidos en la mencionada Circular. Telefónica argumentaba que su conducta no era antijurídica por cuanto la Circular era de imposible aplicación hasta tanto se resolviera definitivamente por la CNMT el conflicto planteado entre los mencionados operadores.

A partir de este alegación, la **STS de 30 de noviembre de 2004,** Sección 30, Ar. 5402 de 2005, razona que "la antijuridicidad, que constituye uno de los elementos esenciales del ilícito administrativo, requiere para su apreciación, en sentido material, que la acción del sujeto responsable transgreda una prescripción vinculante regulada en el Derecho Administrativo, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico que la norma administrativa quiere proteger para salvaguardar los intereses públicos afectados, y , en sentido, formal, presupone que la conducta se encuentra tipificada como infracción administrativa y no esté justificada por la concurrencia de algunas de las circunstancias que determinaría la inexigibilidad de responsabilidad". Y ambas vertientes concurren en el supuesto enjuiciado: "en su sentido formal porque la acción de incumplimiento de la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Y) constituye una infracción muy grave tipificada en el art. 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones, y también en sentido material, porque esta conducta lesiona intereses generales vinculados a la ordenación del mercado de las telecomunicaciones en régimen de concurrencia y transparencia y causa un perjuicio concreto a los operadores competidores y a los consumidores y usuarios".

B) El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad

El recurrente en amparo había sido sancionado por instigar a los concurrentes a la manifestación para ocupar la calzada de la calle. La **STC 110/2006, de 3 de abril,** reitera su doctrina sobre el derecho de manifestación, "reconociendo que la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y vehículos, pero que no por ello el ejercicio de este derecho fundamental (...) ha de ser considerado constitucionalmente ilegítimo, por cuanto en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación". Sobre esta base, la Sala estima que en el caso concreto no se traspasaron los límites impuestos por el art. 21.2 CE y que, en consecuencia, "aunque la subsunción de los hechos en la norma (sancionadora) 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 y como conductas constitutivas de una infracción".

C) Ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito militar. Incumplimiento de una orden que lo conculca

El Comandante Pedro Enrique comentó, durante una alocución pública en la Casa de América, la supresión de ciertos versos que, en su día, estuvieron expuestos en el Museo

del Aire. Con esta actuación desobedecía la orden recibida de sus superiores conforme a la cual no podía hablar del Museo fuera de los organismos oficiales, hecho por el que fue sancionado. La **STS de 14 de junio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5226, declara la nulidad de dicha sanción por estar amparada la actuación del sancionado en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión. En su razonamiento, se insiste en que la libertad de expresión no es una libertad absoluta, sino sometida a ciertos límites, especialmente en el ámbito militar. Sin embargo, siguiendo a la STEDH de 20 de mayo de 2003, añade que estas limitaciones "no pueden ser utilizadas por las autoridades internas para obstaculizar la manifestación de opiniones cuando, como en este caso, no se han puesto en peligro los principios primordiales y los principios esenciales de organización de la institución militar, en concreto, la disciplina y sujeción jerárquica así como el principio de unidad interna".

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Fundamentos constitucionales del principio de culpabilidad

La **SAN de 21 de julio de 2004,** Ar. 802 de 2006, señala que "aun sin reconocimiento explícito en la Constitución, el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho". La **SAN de 3 de noviembre de 2005,** Ar. 1639 de 2006, explicita también en esta fundamentación el principio constitucional de seguridad jurídica.

B) El principio de culpabilidad también opera a la hora de apreciar las circunstancias agravantes

Así lo afirma la **SAN de 3 de noviembre de 2005,** Ar. 1639 de 2006.

C) Especial extensión del deber de diligencia en función de la profesionalidad del infractor y del peligro para los derechos fundamentales de su actividad

Debido a un error en el programa informático encargado de la elaboración y la impresión de las facturas de *Wanadoo España, SL*, esta entidad envió unas 14.000 facturas (14 lotes de 1.000 facturas cada uno) en las que se recogía correctamente impreso el nombre y dirección de cada titular, apareciendo, en cambio, respecto de los datos de cobro, los correspondientes al titular de la última factura del lote. Estos hechos conllevaron la imposición de la correspondiente multa, frente a la que se alegó por la sancionada la ausencia de elemento culpabilístico. La **SAN de 29 de junio de 2005,** Ar. 963 de 2006, considera, por el contrario, que "ante un error de esa envergadura y tan visible no cabe sino concluir que la indebida aparición (...) de datos correspondientes a personas ajenas a cada una de esas facturas pudo haberse evitado si la empresa hubiese habilitado algún mecanismo de control previo", pues "el control más liviano habría bastado para detectarlo". En su razonamiento, la sentencia insiste en señalar que la diligencia exigible para apreciar la concurrencia de culpabilidad en el infractor "habrá de determinarse en cada caso en

atención a las circunstancias concurrentes, tales como el especial valor del bien jurídico protegido, la profesionalidad exigible al infractor, etc.". Y, en concreto, tratándose de una sanción en materia de protección de datos, la sentencia considera que "es exigible a las entidades que operan en el mercado de datos de carácter personal una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o su cesión a terceros. Y ello porque, siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (STC 292/2000, de 30 de noviembre), los depositarios de esos datos –más aún cuando se trata de empresas habituadas o dedicadas específicamente a la gestión de datos de carácter personal– deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos".

D) El tamaño y especialización de la empresa infractora permiten inferir el dolo o intencionalidad

La ya mencionada **STS de 30 de noviembre de 2004,** después de declarar que "la noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados", concluye que en el supuesto enjuiciado –sanción a Telefónica de España por incumplimiento de una medida provisional de la CNMT–, la infracción "ha sido cometida con propósito deliberado ya que la empresa tenía plena conciencia de transgredir dicha norma (...) ya que disponía, en razón de la entidad de la Corporación sancionada, de los conocimientos jurídicos y económicos necesarios para conocer la ilegalidad de la infracción".

E) La tolerancia de la actividad por la Administración no excluye la culpabilidad

La **STSJ de Cantabria de 7 de octubre de 2005**, Ar. 910 de 2006, ante una alegación de vulneración del principio de protección de la confianza legítima, reitera que "el ciudadano que, tras solicitar licencia administrativa y serle denegada ocupa indebidamente el dominio público no puede deducir, razonablemente, de la ausencia de sanción inmediata que su actuación es legal". Y ello a pesar de que de los hechos parece deducirse que esa ocupación ilegal se prolongó durante más de 10 años sin que la Administración iniciara expediente sancionador alguno.

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) La responsabilidad subsidiaria de los administradores en el ámbito tributario no lo es por actos de otro

Su responsabilidad "deriva no de actos de otro –en particular, las omisiones de ingresos imputadas a *Difo, SA*–, sino de un comportamiento que, aunque no aparece entre las infracciones tributarias reguladas en los arts. 77 y ss. LGT, está previsto como un supuesto de responsabilidad tributaria *ex* art. 40 LGT, y que sólo a ellos les resulta atribuible, a saber, no haber realizado como administradores de *Difo, SA,* los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas por dicha entidad, haber consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependían

o haber adoptado acuerdos que hicieron posible tales infracciones" (**STC 85/2006, de 27 de marzo).**

B) Carácter excepcional de la responsabilidad solidaria: exigencia de norma con rango de ley

La **SAN de 21 de julio de 2004,** Ar. 802 de 2006, tras analizar a la luz del principio de culpabilidad la posibilidad de admitir en Derecho Administrativo sancionador la responsabilidad solidaria, concluye que "la exigencia de responsabilidad solidaria (...) tiene que venir determinada de forma explícita y clara por una norma jurídica con rango de Ley, que no es sino la expresión de lo establecido en el art. 25.1 CE". Y ha de ser esta Ley "la que establezca qué obligaciones han de ser cumplidas conjuntamente por varias personas y, en su caso, regular en qué supuestos una determinada persona física o jurídica se coloca en el deber de prevenir la infracción administrativa que supuestamente cometa otra u otras personas, como prescribe el art. 130.3 de la Ley 30/1992".

7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) Infracción continuada. Elementos

Como se comentó más arriba [VII.4.A)], *Telefónica de España, SA,* había sido sancionada por un incumplimiento de una medida provisional adoptada por la CNMT, consistente en imponer ilícitamente un cupo máximo diario de 20 solicitudes de preselección de operador y el envío de las copias originales de solicitudes de preasignación. Esta conducta se mantuvo durante varios meses. Por este motivo, a la hora de graduar la sanción, se calificó la infracción como continuada. Por su parte, la sancionada considera que no concurren los elementos integrantes de la infracción continuada, previstos en el art. 4.6 REPEPOS, por no existir una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto en ejercicio de un plan preconcebido. En su lugar sólo se habría producido un hecho típico, que sería el incumplimiento de la medida cautelar impuesta.

Ante esta alegación, la **STS de 30 de noviembre de 2004,** Sección 30, Ar. 5402 de 2005, parte de considerar que "para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el art. 74 del Código Penal, se exige que concurran con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo con-

tinuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

Y c) La unidad del precepto legal vulnerado, de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza".

Sobre este planteamiento, la sentencia estima que la conducta de *Telefónica* "es constitutiva de integrarse en la noción de infracción continuada, ya que la acción descrita se fragmenta en la realización por sus empleados de una pluralidad de actos conducentes a evitar el cumplimiento de [la medida cautelar] (...), y que se manifiesta de forma unitaria cuando las solicitudes aportadas por los operadores son superiores a 20 al día o no se aportan las copias originales de la petición, provocando la paralización de la tramitación requerida".

B) La prohibición de *bis in idem* se configura como un derecho fundamental

Así lo proclama la **STS de 11 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6649.

C) La prioridad de la jurisdicción penal garantiza la vinculación de la Administración a los hechos que la sentencia judicial firme considere probados pero no a las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos

Un agente de la Guardia Civil fue sancionado con la separación del servicio por la infracción muy grave de "observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Institución que no constituyan delito". Su actuación, consistente en masturbarse en diversas ocasiones en el cuarto de puertas del Cuartel, estando de servicio y siendo visto por varios testigos, también dio lugar a un proceso penal por un presunto delito de exhibicionismo, del que fue absuelto al no considerarse probado que éste lo realizara con intención de ser visto. La **STS de 30 de mayo de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5223, frente a la alegación de que la sanción disciplinaria se habría apartado de los hechos declarados probados por la sentencia penal firme, aclara que "en efecto (...) el relato fáctico de la sentencia ha de servir de base para depurar la responsabilidad disciplinaria a que, en su caso, hubiere lugar pero (...) lo único vinculante para la Administración serán los mencionados hechos y no las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, ya que estas habrán de valorarse a la luz de normas disciplinarias y no de normas generales".

D) *Non bis in idem:* consiente sanciones disciplinarias por cometer delitos dolosos no específicos de los funcionarios

El Inspector-Jefe del Cuerpo Nacional de Policía D. Carlos Ramón fue condenado mediante sanción penal firme por los delitos de detención ilegal, falsedad, torturas y privación de derechos cívicos. A resultas de esta condena, fue también sancionado disciplinariamente con la separación del servicio. La **STS de 4 de julio de 2005,** Sección 7.ª, Ar. 5201, estima que no se ha producido vulneración del principio *non bis in idem*, pues "es efectivamente posible la doble sanción, penal y disciplinaria, siempre que (...)

exista una relación de sujeción especial (...), la existencia de un interés jurídicamente protegido de la norma sancionadora distinto (...) y que la sanción sea proporcionada a esa protección". Respecto a la existencia del interés jurídico distinto de la norma sancionadora, la sentencia razona que en el supuesto enjuiciado "la lesión de bienes jurídicos (...) habría tenido relevancia criminal aunque el sujeto activo que la realizó no hubiera sido funcionario Público", por lo que, en estos supuestos, "la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés que es propio o exclusivo de la Administración pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad o de una mayor perversidad moral". Lo que permite, finalmente, concluir que "la sanción penal y la administrativa, en este caso, tienen distinto fundamento jurídico (...) una por el delito cometido y otra a consecuencia de su *status* como funcionario público" y del interés legítimo de la Administración en "la irreprochabilidad penal de la Policía Gubernativa".

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Momento en que se debe satisfacer el derecho a ser informado de la acusación

La **STC 129/2006, de 24 de abril,** afirma:

"el derecho a conocer la acusación no implica que en la fase de inicio del procedimiento exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la acusación va precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento (...). (A) los efectos de considerar salvaguardado el derecho de defensa resulta suficiente con que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena (SSTC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3)".

B) Alcance del derecho de defensa de los responsables subsidiarios en el ámbito tributario

La **STC 85/2006, de 27 de marzo,** estima que en el momento en el que se proceda a la derivación de responsabilidad frente a los responsables subsidiarios se les deben conferir todos los derechos del deudor-infractor principal. Esto es, se les debe dar la posibilidad de manifestar lo que estimen conveniente acerca de, al menos, las siguientes cuestiones: sobre si efectivamente la persona jurídica cometió las infracciones tributarias por las que fue sancionada; sobre las sanciones que correspondía imponer por los ilícitos, en su caso, cometidos; y sobre la pertinencia de la derivación de responsabilidad que se hace contra ellos. Esta proclamación resulta especialmente interesante y discutible con respecto a los dos primeros aspectos, pues éstos ya se habrán debatido y resuelto en un procedimiento administrativo sancionador.

C) Derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario

La **STC 55/2006, de 27 de febrero,** reitera que "la Constitución garantiza a los internos contar con un asesoramiento jurídico suficiente en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimado proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición".

D) Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador. Garantías

La **STSJ de Canarias/Las Palmas, de 26 de septiembre de 2005,** Ar. 928 de 2006, separándose de toda jurisprudencia anterior y sobre la simple argumentación de la aplicación de los principios inspiradores del orden penal al ámbito administrativo sancionador, considera con un más que dudoso acierto que los derechos y garantías de los arts. 24 y 25 CE son de aplicación en el trámite de información previa, precisando que "es necesario que se respeten todas las garantías al funcionario a quien se le abre la información, para decidir si se abre o no un expediente".

E) El instructor puede formar parte de un órgano colegiado sancionador si su sustitución como tal se produjo antes de la apertura de la fase de prueba

Así lo sostiene la **STSJ de Madrid, de 8 de septiembre de 2005**, Ar. 915 de 2006.

F) La falta del trámite de audiencia no es subsanable por la posibilidad de interposición de recursos jurisdiccionales

Lo afirma la **STS de 29 de septiembre de 2005,** Sección 7.ª, Ar. 6990, justificándolo en que "el trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este último proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite". Sin embargo, como se expondrá en el epígrafe 9.B), no se mantiene este mismo razonamiento cuando las irregularidades se producen a la hora de admitir y practicar las pruebas solicitadas.

G) En vía de recurso administrativo la Administración puede resolver la retroacción de las actuaciones al momento en que se haya generado la indefensión

Un agente de la Guardia Civil fue sancionado con la pérdida de un día de haberes, acordándose, en vía de recurso de alzada, la nulidad de dicha sanción "y la retroacción de las actuaciones al momento de la audiencia del presunto infractor" por no haberse satisfecho antes este trámite. Continuado el procedimiento, volvió a imponerse la misma sanción, frente a lo cual se alega por el sancionado que la falta de audiencia debía haber llevado a la resolución en alzada a declarar la nulidad de todo el procedimiento, sin conservación de trámites. Se opone a esta tesis la **STS de 14 de julio de 2005,** Sala de lo

Militar, Ar. 6653, en primer lugar, porque "la retroacción de actuaciones al momento en que se produjo la infracción equivale –en el caso– a la nulidad de todo lo actuado, pues antes de la audiencia sólo existía la observación por el mando del hecho presuntamente constitutivo de la infracción. Por lo tanto, al repetir la audiencia el capitán actuó igual que si hubiera iniciado otro procedimiento (...), pues sólo se había conservado lo que no podía ser nulo en ningún caso: su propia observación de los hechos". Y, en segundo lugar, argumenta la sentencia que "aunque hubieran existido actos anteriores a la audiencia, la Administración habría actuado correctamente al no anularlos, pues el artículo 66 de la Ley 30/1992 impone 'la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción'."

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Derecho a conocer la denuncia cuando ésta constituye prueba de cargo

Así lo proclama la **STC 55/2006, de 27 de febrero**.

B) La posibilidad de solicitar prueba en el proceso judicial hace que las irregularidades de este trámite en el procedimiento administrativo puedan no ser invalidantes

Durante la tramitación del procedimiento disciplinario, se solicitó por parte del encartado la admisión y práctica de una serie de pruebas que le fueron denegadas. La **STS de 23 de mayo de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5179, reconoce que "dichas pruebas –o al menos la testifical– se debieran haber admitido y practicado en el expediente sancionador", no obstante lo cual, y dado que "las mismas no sólo se han admitido con posterioridad, sino que también se han realizado", la sentencia concluye que no se ha producido indefensión. En el mismo sentido, las **SSTS de 6 de mayo, y 10 y 14 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6751, 6639 y 6653.

C) No existe derecho del imputado a intervenir en las actuaciones previas a la formulación del pliego de cargos en los expedientes disciplinarios militares

La **STS de 6 de mayo de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6751, recuerda que "no se vulnera el derecho de defensa por la toma de declaraciones a los testigos por el Instructor llevada a cabo sin la asistencia del encartado, antes de la formulación del pliego de cargos, cuando aún no está concretada la imputación". En el supuesto, las declaraciones en que no pudo intervenir el agente de la Guardia Civil fueron prestadas antes de la formulación del pliego de cargos "habiendo tenido después –concretada ya la imputación, en términos del Tribunal Constitucional– la posibilidad de solicitar que volvieran a ser practicadas, ahora con su intervención".

D) El garante por Ley de que no se cometa una infracción se presume culpable de la misma si ésta llega a realizarse. Sobre él pesa la carga de probar las circunstancias que justifiquen su actuación y eliminen su responsabilidad

Los miembros del Consejo Rector de la Caja Rural de Alicante fueron sancionados por no destituir a varios de sus miembros que eran accionistas mayoritarios de entidades mercantiles que habían incurrido en incumplimientos de obligaciones contraídas con la mencionada Caja Rural y ello a pesar de varios requerimientos del Banco de España. Recalca la **SAN de 15 de noviembre de 2004**, Ar 832 de 2006, que "cuando la entidad incurre en la conducta prohibida, el miembro del Consejo, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos, alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito". Este deber de probar "no supone que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible para la evitación de un concreto resultado –en este caso la comisión de una infracción administrativa–, cuando éste se produce es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido y, teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado, es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar estos medios no los utilizó de forma voluntaria". A ello habría que añadir, en último término, que en caso de concurrir "especiales circunstancias que hicieran imposible la actuación de quien es garante", también correspondería a éste alegarlas y probarlas "porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue".

E) Prueba testifical: pueden ser testigos los miembros del órgano colegiado competente para dictar la resolución sancionadora

El Secretario General del Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería fue sancionado disciplinariamente mediante acuerdo del Pleno del Consejo. En el expediente disciplinario instruido contra él se aportó como única prueba la testifical practicada a diferentes miembros del Pleno del Consejo y de su plantilla de trabajadores, motivo por el que el sancionado alega la invalidez de la prueba, por cuanto los testigos pertenecientes al Pleno decidieron la apertura del expediente y, a la postre, la resolución del mismo. La **STJS de Madrid de 8 de septiembre de 2005**, Ar. 915 de 2006, rechaza esta alegación, señalando que "es lo cierto que el testigo ha de tener la condición jurídica de tercero: en esencia ni el juez ni las partes pueden ser testigos, pero no puede olvidarse (...) que la traslación de los principios del orden penal al ámbito del Derecho Administrativo sancionador ha de llevarse a cabo con las debidas matizaciones y una de ellas es la relativa a (...) quien deba considerarse como juez u órgano sancionador a la hora de decidir si unos miembros de este último cuando de un órgano colegiado se trata (Pleno del Consejo) pueden equipararse al propio órgano administrativo. Al respecto debe tenerse en cuenta que el Pleno del Consejo lo constituye la reunión de todos sus

miembros y es por lo tanto donde se adoptan las decisiones atribuidas `al órgano en sí' diferenciándose éste de sus miembros aisladamente considerados que en consecuencia no pueden considerarse de tal forma como órgano sancionador especialmente cuando como en el presente caso el mismo está constituido por 17 miembros habiendo formulado declaración cinco de ellos y adoptándose la resolución por unanimidad".

F) Prueba testifical: inexistencia de las tachas propias del proceso civil

En el supuesto referido en el epígrafe anterior, el sancionado alegó igualmente la invalidez de la prueba testifical practicada a los trabajadores del Consejo General y que por ello mismo se encontraban en situación de dependencia con el organismo acusador. A este respecto, aclara también la **STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2005**, Ar. 915 de 2006, que "en el proceso penal o el administrativo sancionador no existen las tachas a que alude la actora al referirse al art. 660 LECiv, sino que las circunstancias relativas a la relación de los testigos con las partes se tendrán en cuenta a la hora de valorar el grado de credibilidad del testigo dentro del margen de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica".

G) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado

La **STS de 23 de mayo de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5179, insiste en que no es suficiente una alteración patológica para estimar la inimputabilidad, sino que "tratándose de alguna enfermedad mental no sólo ha de probarse ésta sino también la incidencia de la misma en la capacidad de autodeterminación del sujeto". En el supuesto enjuiciado "más allá de la enunciación del padecimiento de una enfermedad por parte del interesado, nada se prueba respecto a que la misma anulara o disminuyera sus facultades volitiva e intelectivas por lo que no cabe otorgar a dicha enfermedad ningún valor exonerativo total o parcial de la responsabilidad".

La **STSJ de Castilla y León de 8 de abril de 2005,** Ar. 1451 de 2006, vuelve a ocuparse de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia por el hecho de recaer sobre el sancionado la carga de la prueba de las causas que excluyen su culpabilidad. La sentencia, partiendo del deber de la Administración de aportar una prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, añade que "si bien es cierto que la falta de prueba de cargo perjudica a la Administración, no lo es menos que una vez obtenida ésta, la falta de prueba de descargo perjudicará al administrado sujeto al expediente sancionador (...). En estos casos, a fin de evitarse la sanción pese a que la presunción de inocencia haya conseguido ser desvirtuada, corresponderá al administrado la carga de acreditar aquellos elementos de descargo que, por no haber sido apreciados de oficio, conlleven una declaración de no exigencia de responsabilidad administrativa". El mismo esquema lógico sigue la **STS de 23 de junio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6644.

H) Valor probatorio de los atestados policiales

Recuerda la **STSJ del País Vasco de 29 de julio de 2005,** Ar. 990 de 2006, que "la cualidad de funcionario que presencia los hechos en el ejercicio del cargo (...), lejos de constituir una tacha de fiabilidad respecto de su testimonio, le convierte en un testigo hábil cuyas manifestaciones gozan del valor y de la fuerza probatoria dispuesta por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana (...) a cuyo tenor, en los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de dicha ley, las informaciones aportadas por los Agentes de la autoridad que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negado por los inculpados, constituirán base suficiente par adoptar la resolución que proceda".

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 29 de julio de 2005,** Ar. 991 de 2006, señala, con un claro exceso terminológico, que este mismo precepto de la LO 1/1992 "configura una presunción legal de certeza de las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad (...) presunción *iuris tantum* que desplaza sobre el inculpado la carga de probar que los hechos relatados en el atestado policial no existieron o se desarrollaron de otro modo". Sin embargo, con mayor acierto, inmediatamente aclara –lo que evidencia la confusión existente en torno a esta cuestión– que este atestado policial "no adquiere el carácter de prueba absoluta de los hechos que pueda prevalecer sobre cualquier otra, por el contrario, resultará ser una prueba más, adquiriendo el rango de una testifical objetiva de los hechos examinados".

I) Diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

Distingue la **STS de 30 de septiembre de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 7239, entre el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, señalando que éste es "un principio auxiliar, que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo (...). Dicho principio puede decirse que ni es invocable ni es operante en el marco de la presunción de inocencia, así como que, como manifestación de un genérico *favor rei*, debe quedar excluido cuando no ha existido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de la prueba practicada".

J) La denominada presunción de inocencia invertida

La **STS de 11 de abril de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6632, aclara que "el hecho de que la presunción de inocencia tenga naturaleza *iuris tantum* y pueda ser desvirtuada por prueba en contrario (...) no significa que cuando en un proceso exista dicha prueba no pueda prevalecer la citada presunción, siendo el juzgador el único competente para declarar, tras la valoración en conciencia de la prueba, si la inicial presunción de inocencia ha sido destruida". Y concluye añadiendo que "no tiene el menor fundamento en el ordenamiento constitucional –desde luego no lo tiene en el art. 24.2 CE- la pretensión (...) de que frente al derecho fundamental del acusado a que se presuma su inocencia hasta que la misma quede desvirtuada por actividad probatoria con sentido de cargo lícitamente

obtenida, existe un correlativo derecho del acusador –merecedor del mismo amparo que aquél– a obtener del Tribunal un pronunciamiento condenatorio siempre que haya practicado una actividad probatoria de la misma índole".

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución puede modificar la infracción contenida en la propuesta en caso de identidad del hecho sancionado y homogeneidad de las faltas

Un miembro de la Guardia Civil es sancionado por la falta consistente en "dejar de prestar servicio por prolongación de baja médica", distinta a la inicialmente imputada "simulación de enfermedad para eximirse del servicio", cambio de calificación que se produce sin posibilidad de contradicción. La **STS de 26 de mayo de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5189, advierte que el propio Tribunal Constitucional ha admitido la modificación por el órgano sancionador de "la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando se valoran los hechos y se calibran de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento nuevo". En consecuencia, es posible para la autoridad sancionadora apartarse de la propuesta del instructor sólo en caso de que "1. Exista identidad de hecho sancionado. 2. Exista homogeneidad entre las faltas a las que se refiere la propuesta del Expediente y la finalmente impuesta", debiendo entenderse como faltas homogéneas "aquellas que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad disciplinaria, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el objeto de la sanción, no hay en la condena ningún elemento del que el acusado no haya podido defenderse". En el supuesto enjuiciado, la Sala considera que la falta inicialmente imputada y por la que finalmente se sanciona "son modalidades cercanas, como lo demuestra el hecho de que se recogen en un mismo precepto y protegen el mismo bien jurídico protegido, por lo que no cabe mayor proximidad". Además, en la sanción impuesta no se incluye "ningún elemento o dato nuevo al que no hubiera podido referirse la parte recurrente".

B) Discrepancia entre la sanción contenida en la propuesta de resolución y la sanción finalmente impuesta

La **STC 55/2006, de 27 de febrero,** reitera que no resulta contrario a las garantías del art. 24.2 CE la imposición de sanciones superiores a las propuestas por el instructor "cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes correspondientes al tipo penal o sancionador que resulte de la calificación formulada en la acusación y debatida en el curso de aquél".

Una aplicación de esta doctrina puede encontrarse en la **STSJ de Madrid 13 de julio de 2005,** Ar. 918 de 2006. La propuesta de resolución de un expediente sancionador reco-

gió en los hechos probados la existencia de unas deficiencias peligrosas para la seguridad marítima, la salud y el medio ambiente marítimo, así como la existencia de una vía de agua en el casco del buque, por lo que se propuso la calificación de los hechos como constitutivos de dos infracciones y su sanción con multas de 449.154 y 500.000 pesetas. La resolución, sobre los mismos hechos y aceptando su calificación como constitutivos de las infracciones incluidas en la propuesta, eleva la primera de las sanciones propuestas a 3.000.000 de pesetas, argumentando una mayor entidad de las deficiencias "puesto que no sólo existe la vía de agua, sino que se constata el estado de las balsas salvavidas, suficientemente deplorable para crear riesgo evidente de inundación, e incluso de hundimiento, del buque". Alega el sancionado la adopción de elementos de juicio nuevos, no mencionados en la propuesta y por tanto no debatidos en las alegaciones. Considera la Sala que "no se produce en este caso una vulneración del procedimiento, (...) puesto que no se ha modificado la infracción, sino la sanción, que simplemente había sido propuesta" y que además tales hechos ya estaban recogidos en los documentos de inspección incorporados al expediente.

C) Exigencias de la motivación: no es suficiente la mera referencia al precepto legal infringido

Insiste la **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2005,** Ar. 1350 de 2006, en que "la mera referencia numérica a un precepto legal infringido, sin mayor referencia a la conducta del sujeto infractor, deja mucho que desear en cuanto al cumplimiento de las más mínimas garantías de todo proceso sancionador. Este proceder impide el control jurisdiccional sobre el modo en que la Administración ha hecho uso de su potestad disciplinaria, al desconocer por esa falta de motivación expresa las razones o valoraciones que ha tenido en cuenta para la imposición de una determinada sanción". En el supuesto enjuiciado, relativo a determinadas infracciones tributarias, las sanciones impuestas carecían "de la preceptiva motivación", presentando tan sólo "una mera transcripción numérica con referencia a distintos preceptos de la LGT que serviría de soporte para sancionar cualquier conducta consistente en un dejar de ingresar todo o parte de la deuda tributaria, pero carente de la concreta individualización para el caso concreto", motivo por el que se declara su nulidad.

D) La imposición de una sanción más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima exige una especial motivación

Así lo recuerda, basándose en la STS de 25 de septiembre de 2003, la **STS de 11 de julio de 2005,** Sección 7.ª, Ar. 6719, al declarar que "la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional y esto conlleva que, cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones o circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese castigo. Así lo impone la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución y también el principio de proporcionalidad comprendido en las garantías del artículo 25 del mismo texto constitucional".

Matiza esta jurisprudencia, la **STS de 11 de julio de 2005,** Sección 7.ª, Ar. 6719. Ésta, a pesar de insistir en la especial necesidad de motivación de la resolución sancionadora en caso de que la sanción impuesta no sea la prevista con carácter de mínima por la norma, no reconoce, en el supuesto enjuiciado, efectos invalidantes a esa omisión, toda vez que "el relato de los hechos que consta en las actuaciones es suficientemente expresivo de la gravedad de la conducta del Sr. Luis Francisco para compensar la falta de explicación por la resolución sancionadora".

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Actividad reglada o discrecional de la Administración

La **STS de 18 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6655, sobre la base de una distinción entre el principio de proporcionalidad y la individualización de la sanción, y tras afirmar que "el juicio sobre la proporcionalidad de la sanción es competencia del legislador, que establece por Ley el elenco de sanciones a imponer a los distintos tipos de infracciones, según la gravedad de las mismas", añade con gran acierto:

"Ahora bien, como todo juicio no reglado sistemáticamente hasta sus últimas consecuencias, es un juicio de razonabilidad, que requiere, además, que las Leyes contengan unos criterios complementarios de dosimetría sancionadora que respondan a las exigencias de justicia, satisfaciéndolas en su plenitud. Este criterio es el de la individualización de la sanción, que no es más que la "singularización" del caso o especificación de las circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción ya valorada –según criterio de proporcionalidad– al caso particularizado debiendo imperar, no obstante, un amplio arbitrio sancionador al respecto –nunca arbitrariedad–, para huir de la rechazable y exagerada dosimetría de antiguos Códigos".

Por el contrario, la **STS de 30 de noviembre de 2004,** Sección 3.ª, Ar. 5402 de 2005, sostiene que "el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción". Más matizadamente, la **STS de 10 de junio de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 6639, ante la imposición de sanción de separación del servicio a un guardia civil por una infracción muy grave -que podría haber sido igualmente sancionada con la pérdida de puestos en el escalafón o con la suspensión de empleo-, señala que "la autoridad sancionadora puede imponer una de las tres, pero no una cualquiera, como si con todas se respetara el principio de proporcionalidad individualizada (...) sino, aplicando este principio, aquélla que resulte más adecuada a la entidad de la falta y a las circunstancias del infractor y del interés del servicio".

B) Deben apreciarse todas las circunstancias concurrentes, incluso con efectos agravatorios, aunque no estén expresamente tipificadas

Dos estudiantes de un Centro Docente Militar de Formación fueron sancionados, por la comisión de una falta grave consistente en la sustracción de diverso material informático, con la sanción de baja del centro. La **STS de 11 de abril de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 5181, rechaza la alegación de desproporcionalidad, indicando que deben tomarse en cuenta todos los elementos susceptibles de valoración: "la forma que utilizaron para acceder a los armarios donde los ordenadores estaban guardados, pues éstos se encontraban cerrados con llave (...); los antecedentes disciplinarios de los recurrentes y el mal concepto que el jefe de estudios y los profesores tenían de ellos; el tiempo que tardaron en devolver los bienes sustraídos, y la circunstancia de que los devolvieron una vez que fueron notificados de la apertura del expediente disciplinario; la influencia negativa de la acción infractora en la vida y funcionamiento de un colectivo como es una academia de formación militar; y la falta de respeto hacia sus compañeros y hacia la función del propio centro".

C) La existencia de una infracción continuada permite la imposición de la sanción en su grado superior

Así lo reconoce la comentada **STS de 30 de noviembre de 2004,** Sección 3.ª, Ar. 5402 de 2005.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La prescripción de las infracciones tributarias: no la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección

Con rotundidad, la **STS de 15 de junio de 2005,** Sección 2.ª, Ar. 5466, sostiene que "el procedimiento de regularización es un procedimiento que no tiene carácter sancionador; a través del mismo la Administración tributaria no puede imponer al contribuyente sanción alguna. Por eso (...) no resulta admisible que unas actuaciones ajenas al expediente sancionador puedan interrumpir la prescripción" de unas ulteriores infracciones.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) No procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la sanción de multa haya estado suspendida

Como ya dimos cuenta en el anterior número de esta Revista (VII.15), la jurisprudencia menor parece haberse separado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de lo previsto en el art. 37.3 del derogado Real Decreto1930/1998, y entiende que no es admisible que la Administración tributaria pueda exigir el interés de demora por el tiempo que las

sanciones de multa estuvieran suspendidas. En esta ocasión, es la **SAN de 7 de julio de 2005,** Ar. 1611 de 2006, quien se expresa en este sentido.

Fuera del ámbito tributario, y en aplicación de la doctrina legal contenida en la STS de 18 de septiembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de Ley, también se mantiene esta inexigibilidad de intereses de demora. Así lo confirma la **STS de 26 de octubre de 2005,** Sección 6.ª, Ar. 7116, frente a la pretensión de la Agencia de Protección de Datos de exigir los intereses generados por dos sanciones impuestas a *Bertelsmann Direct, S.A.*, durante el tiempo en que aquellas estuvieron suspendidas. La sentencia recuerda que "no existe una norma que habilite a la Administración para girar intereses sobre una sanción pecuniaria durante el tiempo que estuvo suspensa", dado que las sanciones se impusieron antes de la entrada en vigor del actual art. 26.2.c) LGT de 2003 que sí lo prevé en el ámbito tributario. Asimismo, la sentencia añade que "no pueden devengar intereses las sanciones impuestas (...) durante el tiempo en que su ejecutividad estuviera suspendida como consecuencia del control judicial procedente desde la perspectiva del art. 24.1 de la Constitución, con independencia de que luego aquellas sean finalmente confirmadas jurisdiccionalmente", planteamiento que, por cierto, choca con lo previsto en el mencionado precepto de la LGT.

B) Abono para el cumplimiento de la sanción de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente

Incoado expediente disciplinario contra un guardia civil, se acordó cautelarmente suspenderlo de sus funciones, permaneciendo en esta situación durante seis meses. Finalmente, se le impuso sanción de suspensión de empleo durante un año, sin que se le descontara el tiempo en que estuvo provisionalmente suspendido. La **STS de 11 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6649, aclara "que el tiempo que el recurrente ha estado suspendido de funciones le deba ser tenido en cuenta en el momento procesal oportuno si finalmente la sanción se confirmase, pues (...), la regla general es que el tiempo de privación provisional de un derecho ha de ser abonado en el procedimiento en que dicha privación sea definitivamente acordada". Concluye la sentencia su razonamiento indicando que "en consecuencia, la obligatoriedad de abonar (...) el tiempo de privación provisional de un derecho, no es consecuencia del principio *non bis in idem* (principio que no consideró vulnerado al no tener naturaleza sancionadora la medida cautelar), sino de normas directas que así lo establecen", citando, en este sentido, el art. 58 CP.

C) Sólo la Administración puede decidir el periodo de cumplimiento de la sanción, una vez firme

A raíz de una infracción en materia de subvenciones agrícolas financiadas con cargo a fondos comunitarios, se impuso a una entidad mercantil sanción de retirada, durante un periodo de tres meses, de la autorización para la actividad subvencionada de transformación de forrajes. En la sanción no se fijó el periodo de cumplimiento, pero se declaró expresamente que correspondía fijarlo a la Administración. A pesar de ello, la sancionada decidió, una vez firme la sanción, iniciar de inmediato su cumplimiento. Posteriormente, la Administración dictó resolución fijando el periodo de cumplimiento, acto que fue

recurrido. La **STS de 4 de julio de 2005,** Sección 4.ª, Ar. 5200, acepta los argumentos de la sentencia de instancia, conforme a los cuales se niega, en primer lugar, que el sancionado pueda "decidir por sí el periodo de cumplimiento de la sanción, ya que la ejecución es una actividad formal o material de la Administración, que está investida de la potestad correspondiente, según el artículo 93 de la Ley 30/1992" y añade: "el administrado puede instar su ejecución, pero no decidirla por sí mismo".

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

La **STS de 10 de junio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6639, declaró la vulneración del principio de proporcionalidad de una resolución que impuso a un guardia civil la sanción de separación del servicio sin justificar suficientemente la elección de esta sanción en lugar de otras posibles. Tras esto, la Sala, valorando otras circunstancias -como las felicitaciones y condecoraciones recibidas en el desempeño de su trabajo-, estima procedente sustituir la sanción de separación del servicio por la de suspensión de empleo durante un año. También en atención a otros elementos no tenidos en cuenta por la resolución sancionadora (el estado de excitación y alteración del sancionado), la **STS de 18 de julio de 2005,** Sala de lo Militar, Ar. 6655, estima más acorde "la imposición de dicha sanción no en su máxima extensión, sino en el grado intermedio de la misma, es decir, la pérdida de diez días de haberes".

B) Posibilidad de subsanar en vía contencioso-administrativa ciertas irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo sancionador

Como ya se ha comentado en los epígrafes 8.F) y 9.B), la jurisprudencia se muestra proclive a admitir que las irregularidades cometidas en la fase de admisión y práctica de prueba se puedan "subsanar" en sede judicial mediante la correspondiente práctica de la prueba (**SSTS de 6, 10, 14 y 23 de mayo de 2005**) y rechaza esta posibilidad cuando lo que se produce es una omisión del trámite de audiencia (**STS de 29 de septiembre de 2005**).

C) Anulación de una sanción firme por declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada

En 1993 le fue practicada a la entidad *Hilaturas y Tejidos de Levante, SA*, liquidación en concepto de recargo del 50% por ingreso fuera de plazo sin requerimiento previo. Frente a este acto, y una vez firme, se solicitó la revisión de oficio a la Administración tributaria, solicitud que fue rechazada, llegándose así a la vía contenciosa-administrativa. Es durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo cuando la STC 276/2000, de 16 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que preveía este recargo, dado su carácter sancionador. Como consecuencia de todo lo anterior, y en aplicación de la excepción al principio de fuerza de cosa juzgada contenido en el art. 40.1 LOTC, la **STS de 26 de abril de 2005,** Sección 2.ª, Ar. 5184, recuerda que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto afecta a la eficacia

de los actos administrativos firmes que lo hayan aplicado, siempre que suponga la exclusión o la reducción de la sanción", por lo que declara, consecuentemente, la nulidad del recargo-sanción. En idénticos términos, se manifiestan las **SSTS de 5 y 11 de julio de 2005,** Sección 2.ª, Ar. 5474 y 5536, respectivamente.

D) La omisión de un informe preceptivo determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta emitiendo el informe

Así lo hace la **SAN de 28 de junio de 2005,** Ar. 961 de 2006, en relación con una sanción impuesta en materia de régimen disciplinario del mercado de valores sin que se hubiese emitido el informe preceptivo del Banco de España, por ser la infractora una entidad de crédito.

Lucía Alarcón Sotomayor
Antonio Mª Bueno Armijo
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Objeto de la expropiación. A) Indemnización por parte sobrante: la efectividad del demérito y de la indemnización correspondiente por el mismo es independiente del destino urbanístico acordado para los terrenos no expropiados. **3. Determinación del justiprecio.** A) Valor del suelo en los supuestos de no atribución de aprovechamiento por el Plan: doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 29 de la LS 6/1998. **4. Garantías sustanciales.** A) Improcedencia de la reversión por supuesta inejecución de las obras que motivaron la expropiación de parcelas ubicadas en un proyecto urbanístico de gran extensión que necesariamente ha de ejecutarse de forma sucesiva en el tiempo. B) Publicación edictal de la declaración de innecesariedad a efectos reversionales permitida en el artículo 20.4 del REF y regulada como medio subsidiario a la notificación personal en el artículo 59.5 de la LRJPAC. C) La retasación no puede consistir en la simple actualización monetaria del justiprecio caducado, debiendo procederse en todo caso a una nueva valoración general de los bienes expropiados. D) El cómputo del plazo de dos años de caducidad del justiprecio al que se refiere el artículo 58 de la LEF ha de hacerse según lo dispuesto en el artículo 35.3 de la LEF, por lo que la fecha del acuerdo de justiprecio constituye siempre el *dies a quo*, con independencia de cuándo se produzca la notificación del mismo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comentan, en esta crónica, las sentencias más destacadas de las producidas en materia expropiatoria durante el tercer trimestre de 2005. Alguna de ellas sienta doctrina novedosa o especialmente interesante, destacando –en este sentido– el pronunciamiento que se comenta en relación con la valoración urbanística del suelo, sobre la aplicación del artículo 29 de la Ley 6/1998 del Suelo y su diferenciación con el supuesto del artículo 28.3 de dicha Ley; así como los que se analizan en relación con las garantías sustanciales de la expropiación. Particularmente destaca en este punto la STS que sienta los supuestos en que procede la publicación edictal de la declaración de innecesariedad a los efectos

de instar la reversión, y también la que se comenta en último lugar de la crónica sobre la retasación, donde puede comprobarse una vez más la interpretación jurisprudencial favorable al interesado, que responde a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Indemnización por parte sobrante: la efectividad del demérito y de la indemnización correspondiente por el mismo es independiente del destino urbanístico acordado para los terrenos no expropiados

Como hemos señalado en otras ocasiones al abordar la aplicación de los artículos 23 y 46 de la LEF, la garantía patrimonial expropiatoria que con carácter general consagra el artículo 1 de la LEF obliga a compensar no sólo la pérdida del bien, sino también cualquier menoscabo o consecuencia dañosa que se experimente con ocasión de la privación coactiva de la propiedad u otros derechos patrimoniales. En aplicación de este principio, los mencionados artículos 23 y 46 de la LEF contemplan dos garantías diferentes para los supuestos de expropiación parcial. La primera atiende a la expropiación de parte de una finca que hace antieconómica para el propietario la conservación del resto no expropiado. La segunda se refiere a la compensación del demérito que se le ocasiona por la expropiación parcial respecto de la parte no expropiada cuya explotación, sin llegar a ser antieconómica, produce una minusvalía en su aprovechamiento que debe compensarse por venir directamente derivada de la expropiación.

A la hora de cuantificar ese demérito, la jurisprudencia viene declarando que el mismo ha de determinarse en función de la efectiva depreciación del bien como consecuencia del perjuicio real, fijándose para ello un porcentaje que oscilará en cada caso según sea el impacto derivado de la privación parcial sobre el valor y el rendimiento efectivo de la parte no expropiada. Conviene subrayar la necesidad de que quede acreditada la efectividad de la depreciación, pues también es doctrina jurisprudencial que la mera reducción de la superficie que deriva de la expropiación parcial no es suficiente para reconocer la indemnización por demérito, que en todo caso debe probarse por el expropiado.

En este contexto hermenéutico es de consignar la **STS de 14 de junio de 2005**, Ar. 5313, que incide en el carácter efectivo y contrastado del demérito. El citado pronunciamiento resuelve en casación el recurso planteado contra una sentencia de instancia en la que se negaba la indemnización por demérito en la parte sobrante de una finca expropiada en base a una modificación del Plan General de Ordenación Urbana, posterior a la expropiación, que calificaba *ex novo* los restos de la finca no expropiada como zona verde de nueva creación. A juicio del Tribunal *a quo*, esta recalificación determina que dicha parte sobrante esté abocada a ser expropiada en el futuro, por lo que no cabe valorar el demérito en el momento de la expropiación enjuiciada.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo insiste en que siempre que el demérito de las porciones no expropiadas se produzca como consecuencia directa de la expropiación ha de reflejarse en el justiprecio que se fije y compensarse adecuadamente mediante una indemnización; lo cual es independiente del hecho de que por una modificación del Plan General posterior a la expropiación los terrenos sobrantes puedan o no ser expropiados. Por consiguiente, el Tribunal Supremo estima el motivo casacional formulado y, al amparo del artículo 95.2.d) de la LJCA, resuelve la controversia dentro de los términos en que se planteó el debate en la instancia.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valor del suelo en los supuestos de no atribución de aprovechamiento por el Plan: doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 29 de la LS 6/1998

La **STS de 19 de abril de 2005**, Ar. 5916, resuelve el recurso de casación planteado por el Gobierno de Cantabria contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la valoración que el Jurado de Expropiación hizo de unos terrenos ubicados en suelo urbano consolidado que habían sido expropiados por la Comunidad Autónoma.

La sentencia recurrida anuló el acuerdo del Jurado acogiéndose a los dictámenes de parte, que el expropiado había acompañado a su hoja de aprecio, en los que se desechaba la aplicación a la expropiación examinada del artículo 29 de la Ley 6/1998, de de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, que establece el método de valoración del suelo en los supuestos de carencia de Plan o de que éste –como sucedía en el caso de autos– no le atribuyese aprovechamiento lucrativo a terrenos no incluidos en un ámbito de gestión. Concretamente, el Tribunal *a quo* estimó que faltaba un presupuesto de hecho para que se pudiera utilizar el referido método de valoración (se carecía del "valor unitario básico" catastral del polígono fiscal en el que se incluían los terrenos) y consiguientemente, por analogía, acudió al método de valoración contemplado en el artículo 28.3 para el suelo urbano consolidado por la edificación.

Lo que la Administración expropiante discute en el recurso de casación sustanciado contra este pronunciamiento es, precisamente, la procedencia de aplicar subsidiariamente y por analogía el método de valoración del artículo 28.3 de la Ley 6/1998 a un caso en el que, según reconoce el propio Tribunal *a quo* había una carencia de atribución de aprovechamiento por el plan. Y lo cierto es que –según la recurrente– la aplicación del artículo 28 de la Ley 6/1998 presupone la existencia de "aprovechamiento establecido por el planeamiento para cada terreno en concreto", y dada la inexistencia del mismo para la finca expropiada no procedía aplicar el método valorativo del citado artículo 28.3, pues necesariamente se habría de calcular previamente el aprovechamiento conforme al artículo 29; mientras que el Tribunal *a quo*, apartándose de esta interpretación, calcula el aprovechamiento mediante la aplicación directa del valor de repercusión de un tramo de calle en la que se ubican los terrenos (según dispone el artículo 28.3 *in fine*) por considerar que éste no se puede determinar conforme al citado artículo 29 (pues el catastro no suminis-

tró el valor unitario básico del polígono). En suma, lo que según la recurrente desconoce el Tribunal de instancia es que el valor de repercusión de una parcela siempre se puede conocer, ya porque haya sido previamente calculado por la Administración catastral, ya porque, en su defecto, se extraiga del valor de repercusión de calle o tramo de calle corrigiéndose en la forma establecida en la normativa técnica de valoración catastral.

A la vista de esta argumentación, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa la sentencia impugnada afirmando que:

> "la Sala de instancia, tras declarar inaplicable el artículo 29 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, se acoge exclusivamente al artículo 28.3, aplicable al suelo urbano consolidado por la edificación, sin tener en cuenta que la regla contenida en el artículo 29 complementa la norma anterior al fijar el aprovechamiento computable del suelo urbano en los supuestos de carencia de plan o cuando en éste no tenga lugar atribución de aprovechamiento, como lo acredita la corrección técnica efectuada durante la tramitación del proyecto de Ley ante la Comisión de Infraestructuras del Congreso de los Diputados –COCG, de 23 de diciembre de 1997– que excluyó el apartado 3.b) del proyecto inicial, de idéntica redacción, para configurar un nuevo artículo –el 29–, respecto de los supuestos de carencia de planeamiento y falta de atribución de aprovechamiento lucrativo en suelo urbano en terrenos no incluidos en determinados ámbitos de gestión; complementando así los criterios de valoración de las distintas clases de suelo, al precisar que en los casos en que, bien sea por una falta de planeamiento, o por falta de aprovechamiento urbanístico a un terreno, no puedan ser aplicados los aprovechamientos establecidos en los artículos 27 y 28; de lo que se infiere que, en los supuestos de carencia de plan como acontece en el supuesto que aquí contemplamos y a los solos efectos de su valoración, debe atribuirse al suelo urbano un aprovechamiento que será el resultante de los aprovechamientos asignados a las parcelas próximas más representativas, referidos al uso preponderante del polígono fiscal en que a efectos catastrales esté incluido el terreno expropiado. Los artículos 28 y 29 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, no establecen dos métodos de valoración, sino que son complementarios en cuanto a cual sea el aprovechamiento computable".

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Improcedencia de la reversión por supuesta inejecución de las obras que motivaron la expropiación de parcelas ubicadas en un proyecto urbanístico de gran extensión que necesariamente ha de ejecutarse de forma sucesiva en el tiempo

Los propietarios de unas parcelas ubicadas en los terrenos destinados a la construcción de la segunda Ciudad Universitaria de Madrid ejercitaron infructuosamente la reversión de las mismas alegando la inejecución de las obras que motivaron la expropiación y la desaparición de la afectación de los bienes. Tanto la Administración como posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al resolver el recurso contencioso-administrativo

interpuesto contra la desestimación de la reversión en vía administrativa, denegaron esta pretensión alegando que no puede esgrimirse inejecución de una obra que se proyectó debidamente, que originó la aprobación definitiva de un Plan Especial para al ejecución de un *campus* universitario y que ha supuesto la construcción de ingentes edificios y construcciones que responden a la finalidad esencial de una Universidad, en la que se integren las funciones docentes, residenciales o de servicios.

Concretamente, tras constatar efectivamente que las parcelas cuya reversión se solicitaba (afectadas en el Plan Especial a la autovía de Alcobendas, viales interiores de la Universidad, edificaciones, aparcamientos y zonas verdes) no habían sido realizadas en el momento de ejercitarse la reversión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirmó que ello no podía interpretarse como no realización de la obra, dado que la afectación de los terrenos persistía pese a que la ejecución de esos concretos destinos estuviese aún por materializar, no pudiendo entenderse como inejecución la no realización de todas y cada una de las dotaciones de un proyecto tan ambicioso y complejo como la segunda Ciudad Universitaria de Madrid, cuya conclusión implica un largo período de tiempo.

Este pronunciamiento fue recurrido en casación por los antiguos propietarios alegando dos motivos relacionados con la infracción del artículo 54 de la LEF y de la jurisprudencia que lo interpreta que son desestimados por el Tribunal Supremo en su **STS de 22 de junio de 2005**, Ar. 5321.

El primero de los motivos formulados se refiere a la inejecución de las obras que habrían de ubicarse en las parcelas expropiadas, lo que es rechazado por el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación:

> "la circunstancia de que en las concretas fincas expropiadas al recurrente no se haya procedido aún a la realización de otras obras tampoco es causa de reversión puesto que, tratándose de amplias superficies de terrenos, las actuaciones de la Administración han de ser forzosamente parciales y sucesivas en el tiempo, no siendo posible operarse simultáneamente sobre la total superficie de la zona por lo que no puede tener lugar el derecho de reversión siempre que el terreno expropiado haya estado y continúe afectado a la finalidad expropiatoria que en su día motivó la transmisión coactiva de su dominio a la Administración (…), y ello por cuanto que, cuando se actúa en un proceso de urbanización de las características del que motiva la construcción de la segunda ciudad universitaria de Madrid, la individualidad de las parcelas expropiadas pierde su sustantividad y ha de estarse al conjunto de la obra en su integridad que motiva la expropiación que, conforme se constata como hecho probado por la sentencia de instancia, ha sido objeto de realización en gran parte y sin que la falta de realización de obras concretas distintas de la autovía en las parcelas propiedad del recurrente pueda ser causa suficiente para entender desaparecida la *causa expropiandi*".

Por lo tanto, como tiene sobradamente declarado la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, cuando se trata de actividades a desarrollar en grandes áreas urbanísticas, el derecho de reversión de los propietarios de las parcelas expropiadas ha de enjuiciarse en relación con el conjunto de la actuación proyectada,

> "teniendo en cuenta, precisamente, la gran extensión superficial que exige una serie de actuaciones parciales y sucesivas en el tiempo que no pueden encontrarse concluidas en el momento actual dada la extensión superficial sobre la que es necesario operar".

Respecto al segundo motivo casacional invocado, relativo al incumplimiento de la *causa expropriandi* por desaparición de la afectación de los bienes expropiados tras la resolución del contrato de cesión de un derecho de superficie que la Universidad había acordado a favor de una cooperativa de viviendas con el fin de que se construyesen en algunas de las parcelas expropiadas residencias para estudiantes, la sentencia comentada lo rechaza igualmente afirmando que:

> "pese a que consta en autos que la Universidad, y ante el incumplimiento de dicha entidad, dio por resuelto el contrato suscrito con ella, el mismo tenía por objeto, precisamente, el servir de residencia a estudiantes conviniéndose un sistema debidamente articulado en función del cual la entidad adquiría el derecho de superficie con carácter temporal y no la propiedad del suelo, al objeto de que en los edificios construidos pudieran residir los estudiantes que acreditaran los requisitos exigidos contractualmente para ello por la Universidad, llegándose a prever incluso la constitución de una comisión de calificación integrada con representantes de la Universidad para establecer la selección de dichos estudiantes, con lo que es evidente que tampoco con ello, y con el establecimiento de una zona de residencia de estudiantes, se incumple la *causa expropiandi* que motivó la expropiación puesto que en el Campus Universitario no solamente ha de existir la construcción de los edificios dedicados a Facultades y Escuelas sino que el mismo ha de estar dotado de los correspondientes sistemas generales y de los locales dotacionales comprensivos de los servicios para alumnos y profesores, sin que atente a dicha finalidad el establecimiento de unas zonas residenciales en que se facilite la vivienda a los propios estudiantes matriculados en la Universidad, lo que no supone por tanto que los bienes expropiados, como apreció la sentencia recurrida, se hayan dedicado a servicios no incluidos dentro del Plan pues todos ellos son servicios e instalaciones complementarias que cumplen adecuadamente el fin expropiatorio, como acertadamente se apreció en la sentencia recurrida".

B) Publicación edictal de la declaración de innecesariedad a efectos reversionales permitida en el artículo 20.4 del REF y regulada como medio subsidiario a la notificación personal en el artículo 59.5 de la LRJPAC

En junio de 1997, RENFE declaró innecesarios para el servicio determinados terrenos que habían sido expropiados en 1873 para la construcción del ferrocarril Santiago Cornes-Villagarcía, en el término municipal de Santiago de Compostela. Dicha declaración fue publicada en el BOE, en el BOP de Galicia, en el Periódico de *La Voz de Galicia* y en Tablón de Edictos del Ayuntamiento de Santiago de Compostela. La declaración publicada contenía una descripción de los inmuebles afectados mediante una genérica referencia al planeamiento urbanístico aplicable y a su ubicación en el recinto de una estación de ferrocarril clausurada, así como la indicación de su superficie y linderos. El anuncio especificaba, a continuación, que "el tiempo transcurrido desde la adquisición de este inmueble y asi-

mismo, los avatares de todo tipo acontecidos desde entonces, imposibilitan materialmente la notificación individualizada a los titulares de posibles derechos, por lo que procede realizar dicha notificación de forma pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992".

Algunos de los propietarios afectados solicitaron al Ministerio de Fomento la reversión de los terrenos indicados cuando habían transcurrido casi dos años desde el citado anuncio, por lo que su solicitud fue desestimada por extemporánea, toda vez que se presentaba claramente fuera del plazo de un mes que establecía el artículo 55 de la LEF en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley de Ordenación de la edificación de 1999 (que, actualmente, el artículo 54.3 fija en tres meses "a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado el exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiado o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio").

Las resoluciones desestimatorias del Ministerio de Fomento fueron recurridas por algunos propietarios ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó sus pretensiones reversionales afirmando que, pese a ser correcta la notificación edictal permitida por el artículo 20.4 del REF y regulada como medio subsidiario a la notificación personal en el artículo 59.5 de la LRJPAC, la descripción de la finca contenía imprecisiones que difícilmente permitían identificar las parcelas objeto de reversión, mencionando la Audiencia Nacional las referencias genéricas al planeamiento urbanístico y la falta de concreción de los precisos terrenos con los que lindaban las parcelas. Tal inconcreción, a juicio de la Sala de instancia, implicaba que los interesados tuvieran que realizar un estudio detenido de los diversos instrumentos de planeamiento para poder averiguar si los terrenos sobre los cuales creían tener derecho se encontraban o no entre los comprendidos en la declaración de innecesariedad. A resultas de lo cual, y equiparando la publicación edictal referida a las notificaciones defectuosas que regula el artículo 58.3 de la LRJPAC, la Audiencia entiende que el plazo de un mes tenía que comenzar a contarse desde que el interesado tuvo conocimiento efectivo de esta circunstancia y compareció en el expediente dándose por notificado.

Recurridos en casación dos de estos pronunciamientos por parte de RENFE y de la Administración General del Estado, el Tribunal Supremo declara haber lugar estos recursos en sendas **SSTS de 28 de junio**, Ar. 5195, **y de 7 de septiembre de 2005**, Ar. 6789, afirmando que:

> "RENFE procedió del modo que le era exigible dadas las circunstancias que concurrían en el supuesto, ya que era imposible identificar personalmente a los posibles causahabientes de los expropiados dadas las fechas que hemos reflejado en que se produjeron las expropiaciones y la documentación que sobre las mismas poseía. Ninguno de los criterios que señala el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa vigente le servían para reconocer y dirigirse a los posibles causahabientes de los primitivos propietarios de los bienes expropiados, y por ello utilizó el procedimiento establecido por el artículo 20.4 del Reglamento de Expropiación Forzosa para dar publicidad al acuerdo de necesidad de ocupación que señala que 'en los casos de indeterminación o desconocimiento de los titulares o de sus

domicilios, la notificación habrá de realizarse simultáneamente por edictos en el Boletín Oficial de la provincia y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, en cuyo término radiquen los bienes' que consideró aplicable, y recurrió al procedimiento previsto para las notificaciones en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos. Junto a lo expuesto la publicación en los términos en que se produjo era lo suficientemente expresiva para la identificación de los bienes por parte de los causahabientes de los primitivos titulares y no parece posible en las circunstancias en que se produjo otra mejor o más detallada. Se identifica con absoluta claridad el término municipal, Santiago de Compostela, y el lugar preciso, el recinto de la estación de Cornes en el propio Santiago, y se sitúa en los 316 metros que van desde el km 0 al km 0,316 del tramo clausurado de la línea férrea de Santiago Cornes a Villagarcía de Arosa. En cuanto a los linderos se ofrecen los actuales y se describen como resultan en el momento en que se produce la declaración de innecesariedad y con las circunstancias que precisamente identifican las lindes, sin que esa presunta confusión de la utilización de términos propios del derecho urbanístico impida la identificación porque quien esté interesado en ellos inmediatamente sabrá a quién acudir para que descifre su significado. Por otra parte si, como la misma Sentencia de instancia reconoció, la notificación personal no era procedente, el plazo del mes corría para los interesados desde el momento en que se produjo la última publicación del anuncio, de modo que el ejercicio de la acción transcurrido ese plazo la hacía claramente extemporánea. En consecuencia el motivo ha de estimarse y por ello la Sentencia recurrida casarse y dejarse sin ningún valor ni efecto."

C) La retasación no puede consistir en la simple actualización monetaria del justiprecio caducado, debiendo procederse en todo caso a una nueva valoración general de los bienes expropiados

La **STS de 29 de junio de 2005**, Ar. 5247, resuelve el recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Calonge contra una Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de noviembre de 2001, Ar. 92720 de 2002, que estimaba en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Girona que fijaba el justiprecio correspondiente a la retasación de una finca expropiada. La estimación del recurso por el Tribunal *a quo* se produce como consecuencia de la incorrecta retasación efectuada por el Jurado, que se había limitado a aplicar sobre el justiprecio originario el índice de precios al por mayor en el período transcurrido desde la fecha de la valoración inicial del Jurado y la de solicitud de la retasación. Al hilo de su razonamiento y tomando como base la jurisprudencia decantada por el Tribunal Supremo, la sentencia de instancia realiza una serie de consideraciones genéricas sobe la naturaleza y procedencia del instituto de la retasación que merece consignarse:

"La resolución impugnada procede a la retasación sobe la base de la aplicación del índice ponderado de precios al por mayor, de acuerdo con los datos estadísticos en el período transcurrido desde la fecha de la valoración inicial del Jurado y la fecha de solicitud de la retasación.

Tal procedimiento es contrario a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual al configurarse la figura jurídica de la retasación como efecto de la caducidad de los justiprecios, en lógica consecuencia, la nueva evaluación de los bienes no puede suponer una actualización del fijado inicialmente sino otra valoración no condicionada por la anterior ya caducada y por consiguiente inexistente, dado que toda cuestión de retasación constituye un problema de incidencia del tiempo respecto a las consecuencias de la institución jurídica, como es el pago de la indemnización de la expropiación, que impone, para determinar el nuevo justiprecio, investigar si durante este tiempo transcurrido se han producido, además de modificaciones meramente cuantitativas, otras circunstancias cualitativas; es decir, no sólo la exclusiva variación monetaria, en más o menos de su valor, sino también si han existido modificaciones de las circunstancias de situación, medios de comunicación u otros factores que afecten al valor de las cosas, por lo que consecuentemente ha de ser formulada una nueva hoja de aprecio en la forma prevista en el artículo 29 de la Ley de Expropiación Forzosa, viniendo vinculado el expropiado por el valor fijado en su hoja valorativa al instar la retasación como valor máximo, cual si se tratase de la hoja de aprecio a presentar en el expediente de justiprecio que señala el citado artículo 29 de la Ley.

Así, se ha declarado que 'en términos generales, la retasación no es la mera actualización monetaria de la indemnización original, sino una nueva valoración del bien en fecha posterior, en la que han de ponderarse las circunstancias y características de aquél en dicho momento' (STS de 5 de febrero de 1985); que 'la retasación no es un reajuste del precio anteriormente designado, sino la fijación de un nuevo justiprecio, y, por ello, no puede consistir en una simple actualización monetaria por el índice ponderado del coste de la vida' (STS de 28 de marzo de 1985); y, más en general, que la retasación supone una nueva valoración que tiene su fundamento en la caducidad de la previamente establecida, por el transcurso de dos años desde que fue señalada administrativamente, sin haberse efectuado su pago al expropiado o consignado eficazmente su importe y por consiguiente constituye, a todos los efectos otra valoración distinta de la anterior, que no guarda con ella otra conexión que la de estar referida, o comprender, los mismos bienes o derechos expropiados, pues en la retasación lo único que varía es la evaluación de los bienes expropiados para adecuarla a los precios vigentes en el momento de solicitarla, manteniéndose, idealmente, la condición física y material de los bienes expropiados que se tuvo en cuenta cuando se valoraron por primera vez, tratándose pues de una nueva valoración que comprende y alcanza a la totalidad de los bienes y derechos que fueron en su momento objeto del justiprecio que se entiende caducado por el ministerio de la Ley, en virtud de lo prevenido en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, estableciendo este precepto, que 'habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación', de donde ha de seguirse que a todos los efectos se trata de un nuevo expediente de justiprecio referido a los mismos bienes o derechos con el único matiz del momento, o tiempo, al que la nueva valoración ha de contraerse, que será el del día en que la retasación se solicite (…)

En consecuencia, ha de prescindirse de la actualización monetaria del justiprecio caducado, y procederse a una nueva valoración en la misma forma que con carácter general."

El Ayuntamiento expropiante funda su recurso de casación contra este fallo en la infracción del artículo 58 de la LEF, del artículo 74 de su Reglamento y de la jurisprudencia que lo interpreta, arguyendo que si bien es cierto que la retasación es una nueva valoración del justiprecio de los bienes no es menos cierto que esta nueva valoración no puede perder su referente en el justiprecio inicial cuando no se ha producido variación de circunstancias urbanísticas o de planeamiento. Para el actor, la doctrina jurisprudencial exige que la nueva valoración contemple todos los factores que en el momento de la nueva valoración hayan de señalar el nuevo precio, exigiéndose para ello la formulación de otra hoja de aprecio. Añade el recurrente que en el caso de autos la nueva valoración efectuada por el Jurado Provincial se ajustó a este procedimiento contradictorio consistente en la formulación de nuevas hojas de aprecio de las partes, pero no pudo tener en cuenta la concurrencia de nuevas circunstancias urbanísticas por ser éstas inexistentes, lo que justificaba acudir como criterio único de retasación a la actualización del justiprecio inicial al índice de precios.

Acudiendo a su reiteradísima doctrina sobre la forma de proceder a la retasación de los bienes, que el Tribunal de instancia glosaba certeramente en los términos que antes transcribíamos, el Tribunal Supremo rechaza esta argumentación y declara no haber lugar a la casación pretendida, recordando una vez más que:

> "La retasación es una institución jurídica de marcado corte garantista en beneficio del propietario-expropiado, que pretende evitar los perjuicios que por la demora en el pago del justiprecio pudieran derivarse para aquél y tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, a los que se priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haber hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, por ello supone una nueva valoración con la que se impone la fijación de otro justiprecio, que no puede quedar condicionado a lo que las partes pudieron u ofrecieron en sus iniciales hojas de aprecio, pues los módulos o criterios aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicitó la retasación, ya que de otro modo no sería lógica la remisión legal a los preceptos legales contenidos en el capítulo III del título III de la Ley de 1954 (…).
>
> Resulta evidente que no se ha producido una vulneración del artículo 58 de la LEF y del artículo 74 de su Reglamento, como se pretendía en el primer motivo de recurso, que consiguientemente debe ser desestimado, pues siguiendo la reiterada doctrina de esta Sala, a la que se ha hecho mención, la retasación comporta una nueva valoración del bien expropiado, que es lo que ha hecho la Sala de instancia frente a la mera actualización realizada por el Jurado Provincial de Expropiación en el Acuerdo impugnado que pasó a fijar un nuevo justiprecio exclusivamente con una revisión del 18,07% sobre el valor que había dado anteriormente a la finca, por aplicación del IPC."

D) El cómputo del plazo de dos años de caducidad del justiprecio al que se refiere el artículo 58 de la LEF ha de hacerse según lo dispuesto en el artículo 35.3 de la LEF, por lo que la fecha del acuerdo de justiprecio constituye siempre el *dies a quo*, con independencia de cuándo se produzca la notificación del mismo

La **STS de 18 de mayo de 2005**, Ar. 5442, se pronuncia sobre la viabilidad de la acción de retasación por la demora en el pago del justiprecio en un supuesto que tiene los siguientes antecedentes fácticos:

– El Jurado Provincial de Expropiación fija el justiprecio expropiatorio el 12 de diciembre de 1994 mediante acuerdo que se le notifica a la Corporación municipal expropiante el 24 de marzo de 1995.

– Dicha Corporación cita al expropiado el 6 de marzo de 1997 para el pago del justiprecio y los intereses de demora devengados, habiéndose acordado previamente su depósito en la Caja General para el supuesto de no personación.

– Con fecha 4 de abril de 1997 el expropiado interesa la retasación de los bienes formulando su correspondiente hoja de aprecio.

El Ayuntamiento expropiante desestima la solicitud de los bienes, lo que es recurrido por el expropiado ante el Tribunal Superior de Justicia competente por considerar, de un lado, que el plazo de dos años a que se refiere el artículo 58 de la LEF había transcurrido, pues dicho plazo ha de contarse a partir de la fecha que el Jurado dictó resolución fijando definitivamente el justiprecio; y, de otro, que la consignación efectuada por la Administración expropiante fue ineficaz, pues faltó el previo ofrecimiento de pago y no se notificó al expropiado.

El Tribunal Superior de Justicia que conoció en instancia del caso llega a la conclusión de que no procedía la retasación, pues, según el artículo 58 de la LEF, si transcurrieran dos años sin que la cantidad fijada como justo precio se haga efectiva o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de la expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo III del mismo título. A lo que el 74.1 del Reglamento añade que "en relación con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley se entenderá por justo precio el fijado administrativamente", mientras que el artículo 35.3 de la LEF dispone que "la fecha del acuerdo (del Jurado) constituirá el término inicial para la caducidad de la valoración establecida en el artículo 58 de esta Ley"; fecha del acuerdo que, para el Tribunal *a quo*, debe referirse a la fecha de su notificación, a la cual queda supeditada la eficacia del acto, tal como dispone el artículo 57.2 de la Ley 30/1992, máxime cuando la jurisprudencia recaída con anterioridad a la supresión del recurso de reposición por la referida Ley 30/1992 refirió el *dies a quo* o término inicial para la caducidad de la valoración la del transcurso del plazo desde tal notificación para la interposición del mencionado recurso de reposición.

Por otra parte, la Sala de instancia considera que tal acción quedó enervada por la citación al expropiado para el pago del justiprecio para el día seis de marzo de mil novecientos noventa y siete, y la posterior consignación efectuada dentro del plazo legal de dos años

en la Caja General de Depósitos, ya que la falta de notificación al interesado ausente de su domicilio del ofrecimiento del pago y subsiguiente depósito no es atribuible al Ayuntamiento expropiante, pues no existió, por su parte, responsabilidad por demora en el pago, ya que la imposibilidad de practicar aquella notificación sólo sería imputable al expropiado según se deduce de los autos del caso.

La sentencia de instancia es resuelta en casación por la antes citada STS de 18 de mayo de 2005, que estima el recurso con base en la argumentación que reproducimos a continuación:

> "la obligación impuesta por el citado precepto, en relación con el artículo 74 de su Reglamento ejecutivo, de verificar el pago o la consignación del justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa, debe ser completado e interpretado a la luz del artículo 35 de la citada Ley, en cuyos tres apartados señala:
>
> – Que la resolución del Jurado será motivada.
>
> – Que esta resolución, que se notificará a la Administración y al propietario, ultimará la vía administrativa, y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo.
>
> – Que la fecha del acuerdo constituirá el término inicial para la caducidad de la valoración establecida en el artículo 58 de esta Ley.
>
> Son claros y precisos los términos en que se expresa el apartado tercero del citado precepto al concretar que el plazo de dos años prescrito en el artículo 58 debe contarse desde la fecha del acuerdo del Jurado y no desde su notificación a los sujetos intervinientes en el expediente de justiprecio, pues si el legislador no lo hubiera querido así, no habría aislado, diferenciado, el término inicial de vigencia del justiprecio de la obligación del órgano administrativo-tasador de notificar a los interesados la resolución motivada que fije el justiprecio de los bienes o derechos expropiados; máxime cuando en la exposición de motivos la Ley de 16 de diciembre de 1954, el instituto expropiatorio 'fue concebido bajo el signo de la eficacia, teniendo en cuenta, ante todo, que el imperativo del interés público que gobierna toda la institución no se agota con la transmisión obligatoria del derecho o bien, expropiado, sino que da por supuesto que esto ha de conseguirse en un plazo que no perjudique la oportunidad de la medida, procurando eliminar todos los obstáculos procesales y agilizar el procedimiento: veinte días para que la Administración acepte o rehúse y, en su caso, para que a su vez formule su hoja de aprecio –artículo 30–, después del plazo de veinte días que para la representación de la hoja de aprecio tiene el propietario –artículo 29–; diez días para que el propietario acepte o rehúse la formulada por la Administración, en su caso –artículo 30–; y finalmente, en caso de controversia, ocho días para la resolución ejecutoria por el órgano al efecto establecido –artículo 34–. En total, cincuenta y ocho días como duración máxima de los trámites (...)'".

Así pues, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la retasación, tantas veces comentada por nosotros, se comprueba de nuevo que la interpretación jurisprudencial de la figura de la retasación a la que se refiere el artículo 58 de la LEF, en relación con el artículo 35.3 de la misma, responde a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida. Por ello, el plazo de dos años a que se refiere el artículo 58 de la LEF debe contarse desde la fecha del acuerdo del Jurado, pues es un plazo de caducidad de la valoración, que queda *per se* sin efecto por el transcurso del mismo cuando la Administración o el beneficiario de la expropiación no pagan el justiprecio en este período de tiempo, ya que el espíritu de la LEF es tanto conceder un plazo para abonar o consignar el justiprecio como establecer un plazo de vigencia del justiprecio, como se deduce del pasaje de la Exposición de Motivos de la LEF que la sentencia comentada transcribe.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Elementos caracterizadores del sistema: objetividad, antijuridicidad y causalidad. A) Omisión del deber de recabar el consentimiento informado en casos de asistencia sanitaria. B) Valor de los dictámenes médicos emitidos en centros sanitarios públicos como prueba del cumplimiento de la *lex artis*. C) Antijuridicidad del daño ocasionado por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad: criterio de la congruencia, oportunidad y proporcionalidad de la actuación. **3. Daño indemnizable. *Quantum indemnizatorio* en el caso de daños físicos: carácter no vinculante del baremo previsto en la Ley 30/1995. 4. Aspectos procesales.** A) Legitimación pasiva de la Administración autonómica por los daños derivados del llamado Síndrome Ardystil. B) Determinación del *dies a quo* para reclamar en el caso de embarazos ulteriores al sometimiento por parte de uno de los progenitores a una operación (malograda) de esterilización. C) Determinación del *dies a quo* para reclamar los daños derivados de la ocupación de un terreno por vía de hecho.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre los pronunciamientos destacados en esta entrega destacan los que tienen como presupuesto la reclamación de indemnización derivada de actuaciones en el ámbito sanitario. Ciertamente, dentro del vasto campo de la responsabilidad de la Administración el sector sanitario constituye una especie de microcosmos separable del resto, dado que en él se concitan cuestiones que le son características. Ahora bien, el régimen de la responsabilidad de la Administración es universal cualesquiera que sean las actividades o los daños y no todos los aspectos o cuestiones que concurren en las reclamaciones que versan sobre responsabilidad sanitaria están teñidos de esa especificidad de la que hablamos. Las modulaciones a ese régimen que traen causa del ámbito sanitario tienen que ver, por un lado, con los que pueden denominarse como elementos caracterizadores del sistema (objetividad, antijuridicidad y causalidad), con elementos decisivos como la *lex artis ad hoc*, el consentimiento informado, o la cláusula del estado de los conocimientos; y por otra, con las dificultades que a menudo presenta en este ámbito sanitario la acreditación y valoración del tipo de daños en juego, tanto de carácter físico como moral; así como

con aspectos procesales como la determinación del *dies a quo* e, incluso, de la jurisdicción competente para conocer de este género de reclamaciones.

2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL SISTEMA: OBJETIVIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CAUSALIDAD

A) Omisión del deber de recabar el consentimiento informado en casos de asistencia sanitaria

El artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció el derecho del paciente "a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento".

Dicho precepto fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, norma que ha regulado con mucha mayor amplitud el derecho a la información del paciente. Esta Ley parte de la necesidad general de consentimiento previo del paciente para toda actuación sanitaria, tras una información adecuada, y a decidir libremente con posterioridad entre las opciones clínicas disponibles. Define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud". Consagra el derecho a la información asistencial, que comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, dejando constancia en la historia clínica. El médico responsable del paciente y los profesionales que le atiendan son los responsables de informarle. Asimismo, regula el consentimiento informado, reiterando la regla general del consentimiento verbal, y la excepción del consentimiento escrito para intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Junto a la información básica, se establece la regla según la cual "el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente". El consentimiento es en todo caso libremente revocable por escrito. Igualmente, regula los supuestos excepcionales de riesgo en que es posible realizar intervenciones clínicas indispensables sin consentimiento, así como los casos de consentimiento por representación.

En la jurisprudencia en torno al alcance del principio del consentimiento informado resulta clave la distinción entre la llamada "cirugía asistencial" o "curativa" (se actúa para poner freno a una determinada patología, en el caso de autos, una afección cardiaca); y la cirugía "satisfactiva" (se interviene para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, como en las operaciones de cirugía estética, ligadura de trompas o

vasectomía). En esta segunda, el consentimiento se presume, pero, precisamente por no ser operaciones necesarias en sentido estricto, se intensifica el alcance de la información requerida, cuya omisión puede suponer que el paciente se exponga a riesgos que, en caso de conocer, le llevarían a desistir de la intervención.

La acreditación del consentimiento corresponde a la Administración, que debe poner pues los medios para que quede constancia del mismo, y que se encuentra en situación favorable para aportarla, y no, por el contrario, al interesado, al que se condenaría en estos casos a probar un hecho negativo. De este modo, si bien no se excluye la posibilidad de información y consentimiento orales, en la práctica es sumamente relevante que exista constancia escrita. En este sentido, se recordará como en el número anterior trajimos a colación la STS de 20 de abril de 2005, Ar. 4312, que estimó que no bastan las afirmaciones del facultativo acerca de que era práctica habitual que en el Servicio de Urgencias del Hospital explicaran los riesgos, y la STS de 9 de mayo de 2005, Ar. 4902, en un caso de ligadura de trompas y posterior embarazo (en un caso, por tanto, de medicina satisfactiva), en que la única "constancia" del consentimiento informado la constituían las manifestaciones del médico que practicó la intervención que se limitó a indicar que la ligadura de trompas era un método muy fiable, sin más concreciones, y en que se reconoció a la reclamante el derecho a una indemnización de sesenta mil euros.

Además, otro aspecto decisivo conectado con esta distinción es el alcance del daño reparable, dado que, en el caso de intervenciones curativas, su necesidad puede llevar a decidir que, pese a la omisión del consentimiento informado, el daño que pueda seguirse será el moral, por frustración del derecho a la autodeterminación sanitaria, pero no el físico, que se anuda a una operación en todo caso necesaria. Asimismo, comentamos en su momento algún pronunciamiento (la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 7799), que analizó una cuestión sumamente delicada, a saber, si la paternidad o maternidad no deseada puede contemplarse como un daño indemnizable. El Tribunal Supremo entendió entonces que no podía considerarse como un daño moral efectivo la situación de malestar o incertidumbre presumible en un caso de este género ni el nacimiento de un hijo inesperado. Consideró que lo indemnizable, en concepto de daño moral, es la frustración del poder de autodeterminación personal. Respecto a las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, las consideró no susceptibles de indemnización "pues ésta constituye para los padres una obligación legal, por lo que no sería un daño antijurídico, sino que habría obligación de soportarlo". Ahora bien, hizo una interesante distinción, conforme a la cual "sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio previstos para otras finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados". En el caso entonces examinado, concluyó que la situación económica y familiar de los padres declarada probada en la sentencia permitía admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello. Esto es, en otras palabras, que cuando el

nacimiento se produce en familias con pocos recursos económicos, y supone por ello un importante quebranto financiero, puede entenderse que el nacimiento produce un daño patrimonial antijurídico.

Veamos los casos más relevantes resueltos por el Tribunal Supremo en el período que abarca esta crónica, y vamos a contrastarlos con la doctrina general que acabamos de exponer:

– La **STS de 23 de febrero de 2005**, Ar. 5216, en un caso de embarazo ulterior al sometimiento por la gestante a una operación de ligadura de trompas, deriva la responsabilidad, no de una mala ejecución de la intervención de ligadura de trompas, en la que existe siempre un riesgo pequeño pero real de posterior embarazo, sino de la omisión de recabar el consentimiento informado de la paciente, que se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* revelador de un funcionamiento anormal, ante la falta de constancia del mismo y de recuerdo nítido por los facultativos de que dicha información le fuera facilitada a la paciente. Se trata de un caso de medicina satisfactiva en que, como acabamos de reseñar, se exige una completa información habida cuenta de que la misma puede ser decisiva a la hora de tomar la decisión de someterse a una operación de esterilización y de determinar las precauciones anticonceptivas que se adopten *a posteriori*. El daño se reconoce difícilmente cuantificable en el aspecto económico, "ya que los perjuicios o costos derivados del nacimiento del niño serán distintos según la situación familiar, el *status* patrimonial y laboral de cada familia e inversamente proporcional a su capacidad económica", cuantificándose en este caso en catorce millones de pesetas. Obsérvese que ya no se habla de que en principio no sean indemnizables, salvo en casos excepcionales de situación económica precaria de los padres, sino de que la situación económica ha de tenerse en cuenta para fijar la cuantía (sin, por lo demás, entrar a valorar de forma expresa cuál era la misma en este caso).

– La **STS de 22 de junio de 2005**, Ar. 5323, tiene como presupuesto el fallecimiento de una persona por fracaso renal tras habérsele inyectado un contraste radiológico intravenoso y haber ingerido un contraste oral, siendo así que tenía antecedentes que hacían peligrosa para su salud la práctica de dichas pruebas. Lo que nos interesa de esta sentencia es la dialéctica acerca de la carga de la prueba de haberse o no practicado el consentimiento informado, cuando no existe constancia escrita. La Sala de instancia dio crédito al informe del Jefe del Servicio, que afirmó la existencia de una información oral. En casación, el reclamante aduce que ello supone dar mayor valor probatorio a la afirmación sin prueba alguna del Jefe de Servicio que al testimonio de la hija acompañante, imponiendo así al reclamante la carga de la prueba de la inexistencia de información, lo que la coloca en una situación de indefensión al tener que probar la existencia de un hecho negativo. El Tribunal Supremo le da la razón, entendiendo que la regulación del consentimiento informado en la normativa sanitaria tiene como virtualidad invertir la carga de la prueba, por lo que no basta el testimonio del Jefe del Servicio, cuya intervención en la práctica del TAC abdominal se ignora. No obstante, considera que la falta de consentimiento informado no es en sí misma motivo determinante de la concesión de una indemnización, pues en todo caso resulta necesaria la producción de un resultado dañoso, inexistente en este

caso puesto que no ha quedado acreditado el nexo causal entre las pruebas de contraste abdominal y el fallecimiento del paciente. Sin embargo, considera que:

> "Siendo ello así y estando la Sala condicionada por la jurisprudencia antes mencionada y por el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que no aprecia esa relación de causalidad entre la práctica del TAC abdominal y el fallecimiento de la madre de la recurrente, es necesario también destacar que en el presente caso concurren excepcionales circunstancias íntimamente relacionadas todas ellas con el hecho de que no se conserve en el expediente administrativo, y contra lo que es habitual, el historial clínico de la paciente y ni siquiera esté acreditada la razón última en virtud de la cual se practicó ése y tampoco el resultado diagnóstico del mismo. Consta igualmente casi como único elemento relativo a la paciente el informe clínico realizado en el servicio de urgencias del Hospital a raíz del ingreso posterior a la práctica abdominal y en que se hace constar que la situación que padecía la recurrente relacionada con una insuficiencia renal estaba vinculada, según parece en opinión del propio médico que suscribe el informe clínico, con la práctica del repetido TAC abdominal lo que hace que en el presente caso haya de estimarse que la propia ausencia de consentimiento informado en los términos antes expuestos origina un daño, con independencia de que el fallecimiento no sea consecuencia del TAC tal y como sostiene la Sala *a quo* y no combate la recurrente en casación, daño consistente en la situación de grave riesgo a que se somete a la paciente atendidas las graves patologías que le afectaban, hipertensión, diabetes mellitus e insuficiencia cardíaca, riesgo que se infiere de las propias afirmaciones contenidas en el informe clínico obrante en autos en el que se sostiene que la situación de insuficiencia renal que presenta la madre de la recurrente, que ocasiona su posterior fallecimiento, se relaciona, en opinión del médico que lo suscribe, con la práctica del TAC que se lleva a cabo sin el debido consentimiento informado. Esa creación de una situación de grave riesgo, decimos, es indemnizable al constituir un daño en sí misma con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba médica y el resultado de muerte, tal y como, repetimos, sostiene la sentencia recurrida sin que la recurrente en casación lo combata."

De este modo, concede una cantidad en concepto de *pretium doloris* de 30.000 euros.

– Finalmente, la **STS de 16 de mayo de 2005**, Ar. 5221, en un caso de lesiones con ocasión de un parto inducido de urgencia por sufrimiento fetal, advierte que se está ante una de las excepciones a la obligatoriedad de informar al paciente, prevista en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, que se refiere a los casos en que la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, supuesto en que encajaría claramente el sufrimiento fetal.

B) Valor de los dictámenes médicos emitidos en centros sanitarios públicos como prueba del cumplimiento de la *lex artis*

En la **STS de 16 de marzo de 2005**, Ar. 5739, se hacen interesantes consideraciones acerca de cuál sea el valor probatorio de los dictámenes emitidos en centros sanitarios públicos. El supuesto que da origen a la sentencia es el de una persona que sufre la amputación de la pierna derecha por razón de diagnóstico erróneo. En efecto, había acudido previamente

a los servicios de urgencias donde no se advirtió la existencia de un proceso isquémico agudo evolucionado, que se tuvo como una lumbociática sintomática, hasta que volvió tres días más tarde al mismo servicio y se advirtió una oclusión de las venas por coágulos. En lo que ahora nos interesa, se debate cuál es el valor de los informes médicos emitidos por personal de un centro sanitario público y, en concreto, si constituyen uno de esos documentos públicos que permitían, en virtud de lo dispuesto en el artículo 319 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, revisar los pronunciamientos de los tribunales de instancia en orden a la valoración de la prueba. Como es sabido, el Código Civil dispone en su artículo 1218 que los documentos públicos hacen prueba aún contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, lo que significa que son demostrativos de hechos y no de su naturaleza y repercusión jurídica, cuya interpretación corresponde a los órganos judiciales cuando surge contienda procesal sobre los mismos, y, además, admiten prueba en contrario, lo cual, a juicio del Tribunal Supremo, bastaría para rechazar la tesis que sostenía la recurrente en relación con la eficacia probatoria de los informes médicos emitidos en un centro sanitario público en contra de la apreciación de la Sala fundada esencialmente en la prueba pericial practicada en el proceso. Pero es que, además, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no incluye entre las seis clases de documentos que considera documentos públicos en su artículo 317 los informes médicos expedidos en un centro sanitario público por funcionario público, luego el artículo 319.1, que establece sus efectos probatorios, no les es aplicable. Por lo demás, considera que un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden tener la consideración de documento público administrativo.

C) Antijuridicidad del daño ocasionado por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad: criterio de la congruencia, oportunidad y proporcionalidad de la actuación

La **STS de 21 de junio de 2005**, Ar. 5937, resuelve una reclamación por el fallecimiento de un presunto delincuente que se dio a la fuga de forma violenta tras haber recibido una orden de detención, y que, en el curso de la misma, cuando ya había sido detenido y estaba siendo cacheado, recibió un disparo mortal proveniente del arma reglamentaria de un miembro de la Guardia Civil que le perseguía sin haber advertido que el presunto delincuente había sido ya detenido y que, al resbalar, apretó involuntariamente el gatillo.

En los casos de daños derivados de actuaciones policiales, el daño se entiende antijurídico cuando la actuación resulta desproporcionada, incongruente o inoportuna. El Tribunal Supremo considera en este caso que habida cuenta que la fuga se había producido con violencia y ponía en riesgo la vida de los agentes y de terceros, y que los hechos se produjeron vertiginosamente, la actuación del agente no fue desproporcionada y las consecuencias posteriores fueron debidas a un hecho fortuito, en tanto que imprevisto, causado por un desafortunado resbalón.

> "Por todo ello hemos de concluir que no existió daño antijurídico dado que la actitud relevante de resistencia y huida creada por el fallecido, dio lugar a la situación de riesgo

> que obligó a los funcionarios a proceder a su detención del modo en que se llevó a cabo y con las consecuencias indeseadas que se produjeron, si bien la actuación de los Agentes se ajustó en todo momento a los principios básicos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance que vienen obligados a respetar en todo caso y ocasión."

A la sentencia formula voto particular la Magistrada Robles Fernández, para quien el que el agente no se hubiera percatado de que el presunto delincuente ya había sido detenido tiene trascendencia, máxime cuando la persecución se realiza a la carrera con un arma de fuego montada en posición de disparo, circunstancia por sí misma generadora de riesgo, lo que sitúa el supuesto en un caso de funcionamiento anormal merecedor de indemnización.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. *QUANTUM* INDEMNIZATORIO EN EL CASO DE DAÑOS FÍSICOS: CARÁCTER NO VINCULANTE DEL BAREMO PREVISTO EN LA LEY 30/1995

En el número anterior de esta Crónica abordamos el tema del carácter no vinculante del baremo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, que en su Disposición Adicional Octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor a los efectos de la evaluación por parte de la Administración y de los tribunales contencioso-administrativos de los daños físicos y morales ocasionados por la actividad administrativa. Lo hicimos, como se recordará, con ocasión del comentario de la STS de 4 de mayo de 2005, Ar. 4903, que juzgaba una demanda de indemnización que traía causa del accidente de un niño de seis años durante el recreo en un centro escolar.

Pues bien, en el período ahora considerado, la **STS de 25 de abril de 2005**, Ar. 6582, cuyo presupuesto fáctico son las secuelas con que nace un feto tras serle practicada a la madre una cesárea de urgencia, centra nuestra atención por sus consideraciones en torno al *quantum* indemnizatorio. La sentencia de instancia había fijado una cantidad a tanto alzado de cincuenta millones de pesetas y los padres del niño recurrieron en casación por entender, frente al detallado desglose de conceptos incluido en la demanda, en la sentencia se había optado por una cantidad a tanto alzado que, según el personalísimo criterio del Tribunal, cubría todos los daños, sin que fuera posible colegir qué criterio había utilizado para la determinación de la cantidad. El Tribunal Supremo entiende que, puesto que el baremo de la Ley 30/1995 no es vinculante y tiene valor meramente orientativo, procedía una valoración a tanto alzado como la efectuada por el tribunal de instancia.

El Tribunal Supremo diferencia expresamente entre el prudente arbitrio judicial que implica una valoración a tanto alzado, y la arbitrariedad, que queda excluida. No obstante, conviene dejar siquiera apuntada una reflexión acerca de la auténtica indeterminación que padece nuestro sistema de valoración de daños. O, más bien, reconocer que carecemos por completo de sistema alguno, lo que da lugar a que frente a daños similares se produzcan indemnizaciones muy dispares en función de la mayor o menor habilidad de los abogados de las partes o la mayor o menor "generosidad" de cada instancia judicial, lo que supone un grave atentado contra los principios de igualdad y de seguridad jurídica. En este sen-

tido, el reconocimiento a los baremos de un valor meramente indicativo, si bien pueda entenderse correcto desde el punto de vista jurídico, puesto que su ámbito de aplicación propio es el de los accidentes de circulación, contribuye sin duda a este estado de cosas.

4. ASPECTOS PROCESALES

A) Legitimación pasiva de la Administración autonómica por los daños derivados del llamado Síndrome Ardystil

La **STS de 25 de abril de 2005**, Ar. 6547, Sala de lo Penal, resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de junio de 2003 que enjuició el conocido caso "Ardystil".

Las implicaciones en materia de responsabilidad administrativa de este asunto fueron comentadas en otro número de esta Crónica. En efecto, en su momento comentamos cómo una muestra de una concepción objetiva pura del sistema de responsabilidad se encontraba en la STS de 29 de noviembre de 2001, Ar. 181. En ese caso, la reclamación indemnizatoria provenía de una industria afectada por la suspensión temporal de actividades adoptada por la Administración autonómica bajo el amparo del artículo 26 de la Ley General de Sanidad, conforme al cual puede adoptarse esta medida de paralización de actividades ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. Eran datos a tener en cuenta que la empresa contaba con todas las autorizaciones necesarias y que la suspensión sufrió varias prórrogas ante el desconocimiento exacto del agente causante del síndrome. Para el Tribunal Supremo el desconocimiento del agente infeccioso implicaba la falta de acreditación por parte de la Administración de que el daño pueda imputarse a la actividad que desarrolla una empresa que, por lo demás, ha cumplido con todas las exigencias administrativas. El resultado de este razonamiento era que la empresa no tenía la obligación de soportar el daño.

La sentencia penal que ahora comentamos condena a diversos implicados por imprudencia temeraria, incluido al inspector de trabajo de la Generalitat valenciana que realizó una visita a la empresa Ardystil y no apreció la falta de medidas de seguridad, y, por esta vía, se establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat respecto a los daños sufridos por los trabajadores de la misma. Sin embargo se desestima la pretensión de que dicha responsabilidad se extienda a todos los afectados, puesto que la falta de imprudencia por la que se condena al Inspector de Trabajo se refiere sólo a la visita girada a dicha empresa, y no a otras.

B) Determinación del *dies a quo* para reclamar en el caso de embarazos ulteriores al sometimiento por parte de uno de los progenitores a una operación (malograda) de esterilización

La **STS de 23 de febrero de 2005**, Ar. 5216, que ya fue mencionada en el apartado anterior, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que analiza

de forma principal cuál sea el *dies a quo* para reclamar en el caso de embarazos ulteriores al sometimiento por parte de uno de los progenitores a una operación (malograda) de esterilización. Se invoca la contradicción existente entre dos sentencias: una que lo sitúa en el momento en que se tiene conocimiento del estado de gestación, y otra que lo difiere al momento de la gestación o, en su caso, de la interrupción del embarazo. El Tribunal Supremo considera que ambas posiciones pueden armonizarse, entendiendo que el daño no surge en el momento del nacimiento, sino en aquél en que se produce el embarazo, aunque sus efectos lesivos no terminan hasta el instante del parto en el supuesto de que la gestación llegase a término o en el de la interrupción del embarazo en otro caso. Ahora bien, se trata, a nuestro juicio, de una "armonización" más bien cara a la galería, en la medida en que se concluye del siguiente modo:

> "De esta forma, debe señalarse que el momento al que para los supuestos semejantes a los que analizamos deberá referirse el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad debe ser aquel en que el embarazo se interrumpe o en el que tiene lugar el nacimiento, con la consiguiente repercusión en el *quantum* indemnizatorio."

C) Determinación del *dies a quo* para reclamar los daños derivados de la ocupación de un terreno por vía de hecho

La **STS de 6 de julio de 2005**, Ar. 5231, precisa que, en los casos en que se produce la ocupación de un terreno por vía de hecho (en este caso, mediante la colocación de poste eléctrico, sin seguir los trámites de la expropiación forzosa), el plazo de un año para ejercitar la reclamación de perjuicios subsiste mientras se mantenga la ocupación.

Emilio Guichot Reina
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Instrumentos de gestión del empleo público. A) Relaciones de Puestos de Trabajo del personal laboral: no es objeto de negociación colectiva. B) Las Relaciones de Puestos de Trabajo no pueden excluir el acceso a determinados puestos de trabajo de titulados que cuentan con formación específica adecuada. **2. Acceso al empleo público.** A) Pruebas restringidas. Nulidad de norma autonómica que no tiene apoyo en una disposición básica estatal. B) Las condiciones necesarias para la participación en pruebas selectivas han de reunirse en la fecha de expiración del plazo de presentación de las solicitudes. C) Participación de empresas privadas en el procedimiento de preparación, distribución y corrección de los protocolos de examen. D) Distinta valoración de méritos en función de la forma de acceso a la especialidad. E) Empleo de fórmulas correctoras no previstas en la convocatoria. F) Ante la renuncia de uno de los candidatos propuestos, se debe efectuar nombramiento a favor del siguiente que ha superado los ejercicios. G) El nombramiento como funcionario interino de un habilitado de carácter nacional es competencia de la Comunidad Autónoma. **3. Provisión de puestos de trabajo: Libre designación: resulta indiferente la mayor experiencia profesional o antigüedad de los candidatos. 4. Derechos económicos.** A) Complementos de destino y específico: no se pueden diferenciar en puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido. B) Complemento de productividad. a) La realización efectiva de funciones da derecho al recibo del complemento de productividad correspondiente, aunque falte el nombramiento. b) La manifiesta falta de rendimiento o colaboración en el trabajo justifica que no se reconozca el complemento de productividad. **5. Derechos laborales: No existe un derecho a la exención de guardias médicas para los funcionarios ATS de Instituciones Penitenciarias. 6. Derechos colectivos.** A) Un acuerdo programático entre los sindicatos y la Federación Regional de Municipios y Provincias no vincula a la Administración. **7. Situaciones administrativas.** A) Situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos: los funcionarios sujetos a la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no

tienen derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año. B) El artículo 34.c) del RD 249/1996, de 16 de febrero, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, es ilegal. **8. Régimen disciplinario.** A) Principio *non bis in idem*: no se vulnera cuando la resolución penal prevé el abono del cumplimiento de la sanción administrativa. B) Se vulnera el principio de legalidad sancionadora cuando no se justifica la incardinación de la conducta en el tipo de infracción apreciada. C) La institución de la caducidad es aplicable al procedimiento disciplinario.

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

A) Relaciones de Puestos de Trabajo del personal laboral: no es objeto de negociación colectiva

En la **STS de 13 de marzo de 2006,** Ar. 1110, se discutía sobre la naturaleza de las Relaciones de Puestos de Trabajo del personal laboral de la Administración vasca. El asunto, a pesar de afectar exclusivamente al personal laboral, es conocido por la Sala como una cuestión prejudicial. Al respecto dirá el Tribunal que "el establecimiento –y la modificación– de las Relaciones de Puestos de Trabajo, incluso del personal laboral, de los distintos Departamentos y Organismos Autónomos de la Administración de Euskadi es una potestad organizativa que corresponde en exclusiva a esa Administración y que no es objeto de negociación colectiva. Así, el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, define a la relación de puestos de trabajo como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto. Y sigue siendo un instrumento técnico de la Administración también cuando se refiere al personal laboral". Por tanto, la relación de puestos de trabajo, en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa, queda fuera de la negociación colectiva, aunque no de la obligación de consultar a las organizaciones sindicales. Y 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, que es el espacio que el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores reserva a la negociación colectiva. Entiende la Sala que esta circunstancia no es contradictoria con la previsión legal de que las Relaciones de Puestos de Trabajo deban recoger algunos extremos que sí pertenecen al ámbito de la negociación. Aun siendo esto así, la potestad de organización sigue correspondiendo a la Administración y no se transforma en objeto de negociación colectiva por virtud de esas previsiones convencionales.

B) Las Relaciones de Puestos de Trabajo no pueden excluir el acceso a determinados puestos de trabajo de titulados que cuentan con formación específica adecuada

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de octubre de 2005**, Ar. 2244/2006, estima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes contra la RTP aprobada el 2 de mayo de 2003 por el Director General de la Función Pública de la Generalitat en la que se excluía a los titulados en ingeniería de montes del acceso a determinados puestos de trabajo. La Sala recuerda que las titulaciones que se exigen en las RTP para determinados puestos de trabajo han de responder a una relación de adecuación entre las funciones propias de los puestos y la formación que proporciona la titulación en cuestión. En el presente caso, se considera que dadas las funciones propias de los puestos en cuestión (Técnico de Protección de Especies, Técnico de Ecología Vegetal, Jefe de Sección de Impacto Ambiental, Técnico de Impacto Ambiental, Técnico de Inspección de Medio Ambiente, Jefe de Sección de Formación Medioambiental) y la formación de los Ingenieros de Montes en materia de protección y restauración paisajística, flora, vías pecuarias, ecología, botánica, biología vegetal, espacios protegidos, impacto ambiental, y, en general, en medio ambiente, carece de justificación razonable el excluir el acceso de los mismos a los puestos de trabajo relacionados.

2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Pruebas restringidas. Nulidad de norma autonómica que no tiene apoyo en una disposición básica estatal

La **STC 31/2006, de 1 de febrero,** se ha pronunciado sobre la ley autonómica que habilitaba a la Administración vasca a convocar pruebas restringidas para la conversión del personal docente laboral de las ikastolas en personal funcionarial. Ha estimado los recursos de inconstitucionalidad interpuestos y, en consecuencia, ha declarado inconstitucional y nulo el artículo 10 de la Ley del País Vasco 16/1997, de 7 de noviembre, que introduce un nuevo apartado 3 en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca.

Según dicho precepto, "El personal docente que tenga la condición de laboral fijo, y esté adscrito a plazas incluidas en las vigentes relaciones de puestos de trabajo docentes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación podrá acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el Cuerpo correspondiente al nivel de la plaza a la que está adscrito, aun careciendo de la específica titulación para el acceso a dicho Cuerpo, mediante pruebas selectivas restringidas que, con carácter excepcional, podrán ser convocadas por la Administración Educativa". La norma debatida tiene su origen en el complejo proceso de publificación de las ikastolas vascas pues, al producirse su integración en la red de centros públicos, se ha producido una escisión del cuerpo docente –entre personal laboral y funcionarial– que con esta norma se pretende precisamente evitar.

El Tribunal concluye que dicho precepto conculca la normativa básica estatal contenida en el artículo 19 de la Ley 30/1984, así como los artículos 23 y 103.3 de la Constitución, sin que tal medida integradora pueda tener cobertura al amparo de la doctrina del Tribunal

Constitucional acerca de las denominadas "pruebas restringidas". El artículo 19.1 de la Ley 30/1984 establece con carácter básico el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres. Asimismo estatuye, con carácter igualmente básico (aun cuando no les otorgue expresamente esta condición), ciertas excepciones, entre las que se encuentra la Disposición Transitoria Sexta, apartado 4, de la Ley 30/1984 (norma por la que se permite a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas la posibilidad de convocar "pruebas específicas" en determinadas circunstancias).

Pues bien, a partir de estas consideraciones, entiende el Tribunal que "las Comunidades Autónomas sólo tienen competencia para convocar pruebas de carácter restringido si se atienen a los requisitos que establece el apartado 4 de esta disposición transitoria; requisitos que, en lo que ahora interesa, son dos: uno de carácter personal, el que las pruebas se dirijan a los que tengan la condición de contratados administrativos; y otro de carácter temporal, el que dichos destinatarios hubieran sido contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984" (STC 38/2004, de 11 de marzo, FJ 4º).

Dado que las excepciones al sistema de acceso a la función pública (docente) merecen la calificación de legislación básica, su regulación corresponde, obviamente, al Estado. Por eso, la viabilidad constitucional del artículo 10 de la Ley 16/1997 del Parlamento Vasco solamente podría acordarse en el supuesto de que encontrara natural apoyo en alguna disposición básica del Estado. Sin embargo, en este caso concreto acontece que el posible apoyo jurídico justificador de esta medida y contemplado en la LOGSE ya había caducado sobradamente, por lo que el Tribunal entiende que el precepto autonómico impugnado no tiene apoyo en ninguna disposición básica del Estado, lo que determina su inconstitucionalidad.

A mayor abundamiento, y para recalcar la inconstitucionalidad del precepto, resalta el Tribunal que, por un lado, no estamos ante una mera medida de promoción del personal funcionario, sino de la conversión de personal laboral contratado por personas y entidades jurídico-privadas, asumido después –a través de una relación laboral– por la Administración autonómica y que pretende integrarse por esta vía en la función pública docente sin contar con la titulación exigida por la normativa estatal básica. Por otro lado, porque ésta exige, incluso en los supuestos de acceso restringido a la función pública docente, que los candidatos cuenten con la titulación exigida para los cuerpos en los que se integran, salvo en supuestos tasados.

B) Las condiciones necesarias para la participación en pruebas selectivas han de reunirse en la fecha de expiración del plazo de presentación de las solicitudes

La cuestión principal suscitada en la **STS de 23 de febrero de 2006,** Ar. 913, es la interpretación que ha de darse a una Base específica de una convocatoria para acceder al Cuerpo de Policías que decía lo siguiente: "Otros requisitos: Carné de Conducir, clases A2 y B2. Si durante el procedimiento de selección se modifica legalmente la exigencia del carné de conducir, bastará con acreditar que se posee el que la legislación modificada establezca, una vez entre en vigor".

Según el TS, la interpretación de la base realizada por el Tribunal seleccionador no puede prescindir de la norma contenida en el artículo 18.2 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, consistente en que las condiciones necesarias para poder participar en unas pruebas selectivas han de reunirse en la fecha de expiración del plazo de presentación de la solicitud de participación en el concreto procedimiento de ingreso. Esta exigencia normativa es precisamente lo que explica que la Base incluyese como regla general ese directo y explícito requisito de que el aspirante había de poseer el Carné de Conducir, clases A2 y B2, en esa fecha a que acaba de hacerse referencia. Interpretar la base en el sentido de permitir que se pueda prescindir en algunos casos de la exigencia inicial del Permiso B2, al carecer de cualquier justificación racional, propicia situaciones individualizadas que reciben sin razón alguna un diferente trato en relación con lo establecido en disposiciones de carácter general, y que serían por ello contrarias al mandato de inderogabilidad singular de esas disposiciones contenido en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992.

C) Participación de empresas privadas en el procedimiento de preparación, distribución y corrección de los protocolos de examen

La **STS de 20 de febrero de 2006,** Ar. 789, se ha pronunciado sobre un supuesto en que la preparación, distribución y corrección de los protocolos de examen, así como la aplicación, ejecución y evaluación de las pruebas correspondientes al proceso selectivo, había sido adjudicada por la Administración a una empresa de servicios, en virtud de la magnitud y complejidad de ese concreto proceso selectivo. Los recurrentes impugnaron dicha participación por considerar que iba en contra de lo dispuesto en el artículo 13.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que sólo prevé la incorporación de asesores especialistas a los trabajos de los tribunales de acuerdo con lo previsto en la correspondiente convocatoria y exclusivamente en el ámbito de sus especialidades técnicas.

El TS, al igual que hiciera el Tribunal de instancia, parte de la consideración de que las funciones de dicha empresa se limitaron a las antedichas, sin que en ningún momento fuese su función suplantar o cercenar las funciones del Tribunal Calificador, cuya actuación a lo largo del proceso consta en las sucesivas actas del mismo, que ponen de manifiesto que cumplió escrupulosamente con sus funciones, sin mediatización alguna de dicha empresa colaboradora. Además, en ningún momento fue cuestionado por los participantes o por organizaciones sindicales la existencia de dicho contrato y la intervención y colaboración de dicha empresa privada en el proceso selectivo. Todo ello le permite establecer una radical distinción entre las funciones del Tribunal Calificador, que no ha nombrado ningún tipo de asesor-especialista, y las de la empresa colaboradora contratada por la Administración, lo que exime de cualquier exigencia de nombramiento con posterioridad a la constitución de aquél, ya que su ámbito de actuación es distinto y lógicamente no es contratada por el Tribunal ni designada por éste sino por la Administración Regional que convoca el proceso selectivo.

D) Distinta valoración de méritos en función de la forma de acceso a la especialidad sanitaria

La **STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2006,** Ar. 108601, ha confirmado la sentencia de instancia estimatoria del recurso planteado por el funcionario recurrente, en la medida en que las bases de la convocatoria establecían una puntuación diferente en virtud de la forma en que el candidato hubiera accedido a la especialidad sanitaria. Para ser más precisos, los psicólogos con título de especialista en Psicología Clínica que hubieran accedido por la vía del PIR tenían una puntuación distinta de los que habían accedido por otras vías, esto es, por las vías contempladas en las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera, Cuarta, y Quinta del Real Decreto 2490/98 y la Orden de 10 de mayo de 2002.

Esta normativa pretende equiparar a todos los que obtengan la especialidad independientemente de la vía de acceso, y por ello en la Orden que lo desarrolla se establecen procedimientos de selección y seguimiento en los que se valoran diferentes aspectos de formación y práctica así como experiencia profesional. Con base en ello, entiende la Sala que "resulta totalmente arbitrario e injustificado efectuar la distinta valoración a efectos de formación que realiza la convocatoria que llega a valorar a unos respecto de otros en cuatro veces más, sin que se demuestre que realmente exista una diferencia en la formación que cada título conlleva".

E) Empleo de fórmulas correctoras no previstas en la convocatoria

La **STS de 31 de enero de 2006,** Ar. 1445, se ha pronunciado sobre la validez de las fórmulas correctoras de las puntuaciones que en ocasiones utilizan los tribunales y comisiones permanentes de selección. En este caso concreto, el tribunal calificador había optado finalmente por sustituir las notas numéricas por porcentajes, apartándose así de lo dispuesto en las bases de la convocatoria.

Pues bien, el Tribunal hace un análisis de las exigencias que debería haber cumplido esa fórmula correctora para ser considerada efectivamente igualitaria y rectamente ajustada a lo establecido en las bases de la convocatoria. Al respecto, entiende la Sala que resulta "claro que la corrección había de mantener a los opositores al finalizar el primer ejercicio con el mismo orden que les hubiera correspondido según las puntuaciones reales, pero no bastaba sólo con eso. Además de lo anterior, era necesario que la nueva puntuación corregida del primer ejercicio tuviera sobre el resultado de la puntuación final la misma incidencia que habría tenido la puntuación real de ese ejercicio". A juicio de la Sala, sólo si se confirma la observancia de esta segunda exigencia podrá aceptarse que se ha cumplido la proporción que las bases de la convocatoria querían que existiera entre la calificación de cada ejercicio y el resultado final del proceso selectivo. Todo ello lleva al TS a estimar el recurso presentado por el recurrente y a declarar su derecho a ser nombrado funcionario, toda vez que la polémica fórmula correctora, no prevista en las bases de la convocatoria, distorsionó los resultados a los que conducía el sistema de puntuación previsto por aquéllas, lo que causó un evidente perjuicio en el aspirante recurrente.

F) Ante la renuncia de uno de los candidatos propuestos, se debe efectuar nombramiento a favor del siguiente que ha superado los ejercicios

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2006,** Ar. 110886, reconoce al recurrente su derecho a ser nombrado como funcionario de la Administración Local. El recurrente había participado en el proceso selectivo para la provisión de dos plazas de operario de oficios y había superado los dos ejercicios de la oposición, pero no fue propuesto por el Tribunal calificador porque otros dos aspirantes obtuvieron mejor puntuación. Ante la renuncia de uno de los candidatos, el recurrente solicitó ser incluido en la propuesta de nombramiento del tribunal calificador. La solicitud fue desestimada por el Ayuntamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del RD 896/1991 y el artículo 25 del RD 363/1995, toda vez que el Tribunal de selección no puede declarar que ha superado el proceso selectivo un número de aspirantes superior al de plazas convocadas. Ahora bien, aun siendo esto así, entiende la Sala que "debe distinguirse entre la superación de los ejercicios y el aprobado o superación del proceso selectivo; puede darse el caso, como el aquí ocurrido, que no obstante haber superado los ejercicios de la oposición por obtener la puntuación mínima exigida, no obtenga la plaza porque otros aspirantes hayan tenido mejor puntuación; en este caso el Tribunal propuso a los dos que habían obtenido mejor puntación, porque dos eran las plazas; pero como uno de los propuestos presentó su renuncia, todo lo relativo a dicho aspirante quedaba anulado, con lo que el Tribunal de Calificación podía hacer nueva propuesta de nombramiento a favor de quien hubiera superado los ejercicios y fuera el siguiente en el orden de puntuación, y en este sentido debió actuar la Comisión que rechazó después el nombramiento del actor; si la propuesta del Tribunal era vinculante, y teniendo en cuenta que aquélla venía determinada por el número de plazas convocadas, al haber quedado libre una, debía haber solicitado de dicho Tribunal nueva propuesta y no rechazar la petición del actor".

G) El nombramiento como funcionario interino de un habilitado de carácter nacional es competencia de la Comunidad Autónoma

La **STSJ de Castilla y León de 7 de febrero de 2006,** Ar. 78316, ha anulado la convocatoria de un procedimiento selectivo para ocupar en régimen de interinidad un puesto como Secretario-Interventor de un Ayuntamiento. En este caso, las bases de la convocatoria habían sido aprobadas por decreto de la Alcaldía.

Según se desprende de la legislación vigente, el nombramiento de funcionarios interinos para ocupar puestos de trabajo reservados a habilitados de carácter nacional es competencia de la Comunidad Autónoma. La competencia para aprobar las bases corresponde al Pleno y la competencia para convocar la prueba selectiva está atribuida al Presidente de la Corporación. Pues bien, aplicando estas consideraciones jurídicas a aquellos hechos, entiende la Sala que la consecuencia no puede ser otra más que las bases no podían ser aprobadas por el Alcalde y que si éste lo hizo ha sido careciendo de competencia, la cual correspondía al Pleno quien no consta tuviere intervención en este ámbito. Por tanto, esa aprobación está viciada de nulidad absoluta y serán también inválidos los demás actos del procedimiento selectivo que naturalmente arrancan de las bases que lo regulan.

3. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Libre designación: resulta indiferente la mayor experiencia profesional o antigüedad de los candidatos.

La **STSJ de Extremadura de 22 de febrero de 2006,** Ar. 104829, ha desestimado el recurso planteado contra la resolución administrativa por la que se hacía pública la adjudicación a otro funcionario de un puesto de trabajo de Jefe de Unidad Especializada de Seguridad Social. El principal argumento esgrimido por el funcionario recurrente se basaba en la mayor antigüedad y trayectoria profesional del recurrente sobre el funcionario nombrado.

La Sala reitera la inconcusa jurisprudencia sentada en relación con esta especial forma de provisión de puestos de trabajo, en la medida en que, "por definición legal y por contraposición al concurso, la esencia de la libre designación es la discrecionalidad máxima de la Administración en la provisión de puestos de trabajo, razón por la cual se trata de un sistema excepcional; cuando de libre designación se trata, además de comprobar que los candidatos reúnen los requisitos de mérito y capacidad, la Administración puede tener en cuenta otros criterios enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios entre ellos los que aseguren que el funcionario se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo, cual es precisamente la confianza en la idoneidad profesional del adjudicatario. Confianza que debe entenderse, a nuestro juicio, en la convicción del órgano competente para resolver de que la persona elegida es la más idónea para ocupar un determinado puesto".

4. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Complementos de destino y específico: no se pueden diferenciar en puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido

La **STS de 22 de febrero de 2006,** Ar. 907, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y confirmado la sentencia de la Sala del TSJ de Cataluña respecto a la asignación de niveles y pago del complemento específico.

El recurso lo había promovido una funcionaria del Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social destinada en Barcelona contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que desestimó su solicitud de que a su puesto de trabajo se le asignara el nivel 26 y el complemento específico correspondiente a otros puestos de ese nivel. El TS confirma la sentencia recurrida que anuló la resolución administrativa y la Relación de Puestos de Trabajo, que, en lo que se refiere a los Inspectores de Trabajo, diferenciaba dos grupos de puestos, uno con el nivel 26 y otro con el nivel 25. La Sentencia había considerado acreditado, tras valorar la prueba incorporada a la causa, que los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social adscritos a la Dirección Provincial donde estaba destinada la

parte actora, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, realizaban exactamente las mismas funciones y cometidos y asumían las mismas responsabilidades, sin que existiera ninguna instrucción, circular, nota, orden o similar que estableciera criterios de diferenciación, en cuanto a las funciones o en cuanto a cualquiera de los otros aspectos del desempeño del puesto de Inspección, derivada del distinto nivel de Complemento de Destino. Por ello, confirma el TS que esta diferenciación supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, en la medida en que supone una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, pues no es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y el complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido.

B) Complemento de productividad

a) La realización efectiva de funciones da derecho al recibo del complemento de productividad correspondiente, aunque falte el nombramiento

La **STSJ de Murcia de 17 de febrero de 2006,** Ar. 109678, ha declarado el derecho del funcionario recurrente a recibir el complemento de productividad durante el tiempo en que estuvo desempeñando de hecho funciones como Subdirector Provincial del INEM, a pesar de que no había sido nombrado para el desempeño de dicho puesto. La Sala entiende que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.3.a) y b) de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, el funcionario "tiene derecho al abono de los complementos de destino y específico reclamados, ya que éstos se perciben en el nivel y en la cuantía que, respectivamente, tiene asignado el puesto de trabajo que efectivamente se desempeña, tanto si lo es con nombramiento oficial o sin él, pues en otro caso, como aquí ocurre, se vulneraría en alguna forma el principio de igualdad (artículo 14 CE) al darse una patente discriminación, pues siendo idénticas las funciones encomendadas y realizadas, sin embargo, distintas las retribuciones percibidas". Esta doctrina es extensible, según la Sala, a las retribuciones que estén atribuidas al puesto que se ejerce, y entre ellas al complemento de productividad.

b) La manifiesta falta de rendimiento o colaboración en el trabajo justifica que no se reconozca el complemento de productividad

La **STSJ de Castilla y León de 1 de febrero de 2006**, Ar. 54084**,** ha desestimado el recurso interpuesto por un funcionario para que se le reconociera el derecho a percibir el complemento de productividad, al entender que ha quedado cumplidamente acreditado en autos que la exclusión total del recurrente del percibo del complemento de productividad obedece a una falta de rendimiento o colaboración en el trabajo de la Unidad, que es manifiesta. De hecho, mediaban múltiples requerimientos de cumplimiento de su trabajo y, pese a su reiteración, habían sido desoídos por el funcionario ahora recurrente. Por todo ello, considera la Sala que está justificada la no recepción del mencionado complemento, toda vez que, no es que haya dejado de colaborar con el trabajo de la unidad, sino que ha entorpecido y dificultado su funcionamiento.

5. DERECHOS LABORALES

No existe un derecho a la exención de guardias médicas para los funcionarios ATS de Instituciones Penitenciarias

La **STSJ de Canarias de 3 de febrero de 2006,** Ar. 99943, ha resuelto el recurso planteado por un funcionario perteneciente al Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Instituciones Penitenciarias. En concreto, el recurrente había solicitado ser eximido de la realización de guardias sanitarias siguiendo la recomendación de su médico psiquiatra. Dicha petición fue desestimada por Resolución de la Subdirección general de Personal de Instituciones Penitenciarias, al considerar que en la Instrucción reguladora de los tiempos de trabajo no se contemplaba dicha posibilidad. Ante dicha denegación, el actor interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando que se declarara su derecho a ser eximido de la obligación de realizar guardias, y de forma subsidiaria, y para el supuesto de que no procediera tal pronunciamiento, se le adecue su horario de trabajo al régimen establecido en el artículo 6 de la Directiva 93/104/ CEE del Consejo de 23 de noviembre de 1993. Tras realizar un examen detallado del contenido de la mencionada Directiva, así como de la jurisprudencia que ha estimado la aplicación de esta normativa comunitaria a los médicos de Instituciones Penitenciarias, la Sala desestima el recurso por entender que la doctrina que invoca se refiere a los Médicos, no a los ATS, y no concede exención al régimen de guardia, sino a la jornada laboral; por lo que al no haberse acreditado que la exclusión que pretende posea cobertura legal, ni que se le haya aplicado un horario de trabajo que infrinja la legislación expuesta, se justifica la desestimación del recurso.

6. DERECHOS COLECTIVOS

A) Un acuerdo programático entre los sindicatos y la Federación Regional de Municipios y Provincias no vincula a la Administración

La **STSJ de Castilla y León de 28 de febrero de 2006,** Ar. 118730, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente con el que pretendía que su Ayuntamiento retribuyera el trabajo nocturno y el trabajo a turnos conforme a las previsiones establecidas en el Acuerdo programático suscrito por la Federación Regional de Municipios y Provincias y los sindicatos, en la medida en que había sido suscrito posteriormente por el pleno de la Corporación Local. Entiende la Sala que "la decisión municipal de asumir el Acuerdo programático alcanzado por la Federación Regional de Municipios y Provincias y las Centrales Sindicales no puede, por sí solo, originar o producir unos efectos diferentes a los que el propio Acuerdo contempla, de obligar a los firmantes y a los que los asuman expresamente a desarrollarlo y plasmar en sus correspondientes disposiciones normativas el contenido de los concretos acuerdos, de manera que sólo cuando esa trasposición o traslado se realice nacerá el efectivo derecho, en este caso a reclamar el pago de los trabajos nocturnos y/o festivos según las nuevas previsiones y cuantías".

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos: los funcionarios sujetos a la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no tienen derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año

La **STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2006**, Ar. 78603/2006, desestima el recurso interpuesto contra resolución administrativa de la Dirección General de la Guardia Civil en la que se denegaba a la actora el reconocimiento del derecho a la reserva del puesto de trabajo que ocupaba antes de iniciarse la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijo. La Sala rechaza la argumentación de la actora conforme a la cual debería aplicarse la regulación básica establecida en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, que reconoce el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año a los funcionarios que se encuentran en excedencia para el cuidado de hijos. La sentencia concluye que esta regulación no es aplicable a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que disponen de una legislación específica que excluye la aplicación supletoria de la legislación general. Esta regulación específica regula la excedencia voluntaria para cuidado de hijos sin establecer el derecho a la reserva de puesto de trabajo y este régimen diferenciado no puede considerarse contrario al principio de igualdad (artículo 14 CE) ya que no se aprecia ni plena identidad de las situaciones ni arbitrariedad por parte de los poderes públicos en el establecimiento de un distinto régimen.

B) El artículo 34.c) del RD 249/1996, de 16 de febrero, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, es ilegal

La **STS de 19 de enero de 2006**, Ar. 603, declara la ilegalidad del artículo 34.c) del RD 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, que, al regular la excedencia voluntaria por interés particular, dispone que "en tal situación no podrá (el funcionario) permanecer más de diez años". La Sala reitera la doctrina ya sentada en otras resoluciones anteriores, entre las que destaca la STS de 19 de julio de 2005, conforme a la cual respecto al régimen del Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes, la Ley Orgánica del Poder Judicial se remite en lo no previsto en la misma a la legislación general del Estado sobre Función Pública, por lo que las lagunas que puedan aparecer en dicho régimen se cubrirán acudiendo a la regulación correspondiente de la Ley 30/1984 y demás legislación específica. La duración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular no se regula en la LOPJ, por lo que debe entenderse que rige el plazo de quince años previsto en la legislación general de función pública. Por este motivo, la STS de 28 de febrero de 2001 entendió que al oponerse a esta regulación, el artículo 33.c) del RD 2003/1986 era ilegal. El actual artículo 34.c) del Reglamento de 1996 que sustituye al anterior artículo 33.c) y que prevé igualmente un distinto tratamiento para este grupo de funcionarios es también, por los mismos motivos, contrario a la LOPJ. Conclusión que, además, se corrobora si tenemos en cuenta que el artículo 510 de la LOPJ, añadido por la Ley Orgánica 19/2003, dispone que los funcionarios de los cuerpos en cuestión, cuando sean declarados en situación de excedencia voluntaria, se regirán por la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado.

8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Principio *non bis in idem*. No se vulnera cuando la resolución penal prevé el abono del cumplimiento de la sanción administrativa

La **STC 334/2005, de 20 de diciembre**, aplica la última doctrina sobre el principio *non bis in idem* sentada en la STC 2/2003, y deniega el amparo frente a la imposición de doble sanción administrativa y penal por los mismos hechos. El recurrente había sido sancionado, en primer lugar, por resolución administrativa dictada tras la sustanciación de un procedimiento oral en que se tomó declaración al recurrente y tres testigos, como autor de una infracción leve de desobediencia de la Ley Orgánica 12/1985, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, entonces vigente. Se le impuso la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar con participación en las actividades de la unidad. Posteriormente se le impuso también sanción penal como autor de un delito de desobediencia, condenándosele a la pena de nueve meses de prisión y accesorias legales, acordándose, no obstante, que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos.

El Tribunal Constitucional entiende que no se ha incurrido en una vulneración del principio *non bis in idem*. En primer lugar, porque materialmente no concurre en este caso el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, ya que en la resolución se preveía expresamente que para el cumplimiento de la sanción penal se computara el tiempo de privación de libertad sufrido como consecuencia de la sanción administrativa. Por otro lado, tampoco se produjo vulneración del mencionado principio desde la perspectiva procesal, pues la escasa complejidad fáctica de los hechos y la sencillez de la tramitación del expediente disciplinario, que fue oral y que se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de testigos presenciales, impide la equiparación del procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal, lo que es, precisamente, el presupuesto necesario para que concurra la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador.

B) Se vulnera el principio de legalidad sancionadora cuando no se justifica la incardinación de la conducta en el tipo de infracción apreciada

La **STC 9/2006, de 16 de enero**, reitera y aplica la doctrina ya sentada en otras sentencias anteriores (entre ellas, la STC 151/1997) conforme a la cual se produce una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora cuando falta la explicación de las razones por las que la conducta del demandante de amparo se entendió incardinable en el tipo sancionador que fue apreciado, y cuando además era totalmente imprevisible, desde una perspectiva razonable, que el comportamiento del sancionado pudiera considerarse una conducta tipificable como muy grave. En el caso que resuelve la sentencia, el Asesor económico-financiero del Ayuntamiento de Lleida dirigió al Alcalde un escrito en el que hacía constar sus discrepancias con el nuevo Interventor sobre la forma de elaborar las declaraciones de IVA, así como sus dudas acerca de la legalidad de los nuevos métodos de

trabajo impuestos por dicho Interventor, solicitando que se tomara nota de su relegación obligada en la gestión del IVA y se procediera a asignar la resolución de estas tareas al Interventor. Como consecuencia de ello fue sancionado a suspensión de empleo y sueldo durante veinte días en aplicación del tipo infractor "falta de consideración hacia los administrados o hacia el personal al servicio de la Administración en el ejercicio de sus funciones". Para justificar la resolución se adujo que la actuación y las manifestaciones del Asesor tenían por finalidad dudar de la capacidad profesional del Interventor, eludir sus órdenes y dar una publicidad innecesaria al caso mediante la presentación del escrito a través del Registro. Ninguna de estas razones justificaban la apreciación de la concurrencia de la infracción consistente en "falta de consideración". Es más, en el proceso se había puesto de manifiesto que la imputación del tipo infractor se modificó durante la tramitación del procedimiento administrativo, pues en un principio se pretendía sancionar por una supuesto incumplimiento de las órdenes que provienen de los superiores, pero este tipo no resultaba aplicable, pues se constató que el Asesor estaba cumpliendo con sus funciones siguiendo, además, las instrucciones dadas por el Interventor. En consecuencia, la Administración optó por sancionar por "falta de consideración". El Tribunal Constitucional estima, por todo lo anterior, el recurso de amparo y declara la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta.

C) La institución de la caducidad es aplicable al procedimiento disciplinario

La **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2005**, Ar. 196/2006, y la **STSJ de Castilla y León de 9 de noviembre de 2005**, Ar. 72/2006, se enfrentan a la cuestión de si la caducidad opera o no en el ámbito de los procedimientos sancionadores disciplinarios. La STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2005 concluye que pese a que el Reglamento de Régimen Disciplinario aprobado por RD 33/1986 no prevea ni la caducidad ni el plazo máximo para dictar resolución expresa, debe considerarse aplicable este efecto cuando no se dicta resolución expresa en el plazo de 6 meses que es el que resulta de la aplicación analógica del artículo 20.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 1993, así como de la suma de los distintos plazos previstos en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. La STSJ de Castilla y León entiende igualmente que la caducidad opera en el seno de los procedimientos disciplinarios, pues a partir de la Ley 24/2001 se ha previsto un plazo de duración de doce meses de los procedimientos disciplinarios, cuya superación no puede tener otra consecuencia que la general de la caducidad.

Josefa Cantero Martínez
Eva Desdentado Daroca
Miguel Sánchez Morón

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Régimen urbanístico del suelo. A) El producto de la venta de solares del patrimonio municipal del suelo no se puede emplear para adquirir un edificio con destino al servicio municipal de hacienda. B) Las estaciones depuradoras de aguas residuales han de ubicarse en suelo no urbanizable. **2. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.** a) La simple ubicación del terreno dentro la vía de comunicación cuya construcción determina la expropiación no basta para aplicar la jurisprudencia según la cual el suelo para ejecución de sistemas generales, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, ha de ser considerado, a exclusivos efectos evaluatorios, como si se tratase de suelo urbanizable, exigiéndose para ello que se trate de una vía integrada en la red viaria de interés del municipio y estar como tal clasificada en el Plan de Ordenación Municipal. **3. Licencia de obras: caducidad.**

1. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) El producto de la venta de solares del patrimonio municipal del suelo no se puede emplear para adquirir un edificio con destino al servicio municipal de hacienda

La **STS de 7 de noviembre de 2005,** JUR 2005\270619, confirma la anulación parcial realizada por el TSJ de Valencia, en cuanto al destino a dar a los ingresos obtenidos con la enajenación en pública subasta de parcelas integrantes del patrimonio municipal del suelo. El Ayuntamiento de Alicante había acordado emplear ese dinero para adquirir un cuartel, en el que pretendía ubicar el Servicio Municipal de Hacienda y llevar a cabo desarrollos urbanísticos.

Como recuerda la sentencia, el artículo 276.2 TRLA de 1992 no resultó afectado por la STC 61/1997 ni derogado por la Ley 6/1998, siendo pacífica su interpretación en la

jurisprudencia: "imposibilidad de que los Ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales".

> "Las esenciales características del mismo han sido recogidas en las Sentencias de 2 de noviembre de 1995, recurso de apelación 3132/1991, 31 de octubre de 2001, recurso de casación 4723/1996 y 2 de noviembre de 2001, recurso de casación 4735/1996, que declaran que 'El Patrimonio Municipal del Suelo fue regulado en la Ley del Suelo de 1956 como un conjunto de bienes de que las Corporaciones se pueden servir 'para regular el precio en el mercado de solares' (Exposición de Motivos), con la finalidad de 'prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones'. Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (artículo 93 del TRLS). Por ello se ha podido decir que 'las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera'. En definitiva, se ha venido así aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un 'patrimonio separado' (lo que hoy está ya expresamente dicho en el artículo 276.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992). La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local (artículos 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985), sino el específico y concreto de 'prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones' (artículo 89.2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976), y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiable, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo (artículo 93, ya citado).
>
> Ésta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales del Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas (artículo 3.1 del Código Civil), porque esa interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales."

En ese sentido, el Supremo coincide con la sentencia de instancia en que el destino pretendido se aparta del fin último establecido en el artículo 276.2 TRLSA de 1992, esto es, la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social.

La sentencia no aporta ciertamente ninguna novedad, pero el recordatorio es muy pertinente en este momento, cuando se anuncia una reforma de la legislación estatal del suelo. Y, sobre todo, frente a las reformas realizadas por alguna Comunidad Autónoma que, contradiciendo abiertamente el antedicho precepto básico, convierten el patrimonio municipal del suelo en una fuente más de financiación y las cesiones obligatorias de suelo, *de facto*, en un nuevo impuesto sobre la vivienda.

B) Las estaciones depuradoras de aguas residuales han de ubicarse en suelo no urbanizable

La sentencia de instancia había anulado el proyecto de una estación depuradora de aguas residuales, por entender que, si bien la obra era de utilidad pública o interés social, la Diputación Foral de Guipúzcoa no había acreditado que tuviera que asentarse en suelo no urbanizable. La **STS de 28 de diciembre de 2005,** JUR 2006\114722, estima el recurso de casación, por incorrecta interpretación de los artículos 20.1 Ley 6/1998 y 85 TRLS de 1976 y de la STS de 22 de abril 1992:

> "El motivo ha de ser estimado por cuanto no resulta dudoso que una instalación de las características de las EDARs deba ubicarse en suelo no urbanizable. En consecuencia, ha de rechazarse la fundamentación que se contiene en la sentencia de instancia que impone la necesidad de acreditar que una EDAR ha de ubicarse en un entorno rural, o, dicho de otra forma, en suelo no urbanizable; se trata, mas bien, de lo contrario: como regla general –y con la posibilidad de excepciones–, urbanísticamente, la ubicación natural de las EDARs será el suelo no urbanizable."

Como criterio general, por tanto, hay que entender que las estaciones depuradoras de aguas residuales han de ubicarse en suelo no urbanizable, salvo que estén protegidos con algún régimen que haga incompatible su transformación.

2. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) La simple ubicación del terreno dentro la vía de comunicación cuya construcción determina la expropiación no basta para aplicar la jurisprudencia según la cual el suelo para ejecución de sistemas generales, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, ha de ser considerado, a exclusivos efectos evaluatorios, como si se tratase de suelo urbanizable, exigiéndose para ello que se trate de una vía integrada en la red viaria de interés del municipio y estar como tal clasificada en el Plan de Ordenación Municipal

A nuestro juicio se trata de una importante matización realizada por el TS en su doctrina, y que nosotros recogíamos en el número 27 de nuestras crónicas. Tal matización la realizó el TS en su **STS de 14 de febrero de 2003,** Ar. 3076, que ha vuelto a reiterar

en la **STS de 28 de septiembre de 2005,** Ar. 6991, en cuyo Fundamento Jurídico 2º se puede leer:

> "no basta, para calificar el terreno expropiado a efectos de valoración, la simple ubicación del mismo dentro la vía de comunicación cuya construcción determina la expropiación, cuando esa vía ni aparece integrada en la red viaria municipal ni prevista en el planeamiento correspondiente al municipio en que está localizada, ya que ninguna norma permite llegar a conclusión contraria y calificar a un suelo como urbanizable, siquiera sea a efectos valorativos, por el simple hecho de ser expropiado para la construcción de una obra pública de interés general. Es por ello que sólo cuando, tratándose de vías interurbanas, la misma está integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de Ordenación del mismo, ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que, como aquí ocurre, la finca está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal".

3. LICENCIA DE OBRAS: CADUCIDAD

La **STS de 4 de julio de 2005,** Ar. 7084, estima el recurso de casación interpuesto por una empresa constructora frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que había confirmado la resolución de la Consejería de Justicia y Trabajo de la Junta de Comunidades de dicha Comunidad autónoma por la que se concedió la prórroga de tres meses para el inicio de las obras de construcción de un centro comercial amparadas en una licencia, bajo apercibimiento de caducidad de la misma en el caso de que no se iniciasen las mismas en el prorrogado plazo.

La constructora había recurrido dicho acto administrativo por encontrar insuficiente el plazo concedido, al entender que el inicio de la construcción se había demorado por causas ajenas a la recurrente, ya que aquélla era incompatible con la aprobación de un proyecto de gaseoducto que había de instalarse en el mismo espacio físico.

Dichos argumentos no fueron considerados por el Tribunal de instancia, pero sí por la alta instancia jurisdiccional, que los ampara. Para el Tribunal Supremo las razones de la recurrente deben de ser acogidas porque nos encontramos ante una actuación, y consiguiente decisión de una Administración pública, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que resultó incompatible con otra decisión de la propia Administración, en este caso sectorial, en el ámbito industrial, y por otra, que fue adoptada sin contar con el soporte urbanístico necesario que luego, una vez tramitado y aprobado, sería declarado contrario al Ordenamiento jurídico.

El FJ 4º de la Sentencia que comentamos entiende que por parte de la Consejería de Industria y Trabajo de la Junta de Castilla-La Mancha fue concedida a la constructora licencia comercial específica para la implantación de un gran establecimiento comercial en el término municipal de Olías del Rey (Toledo), estableciéndose en la misma dos condicionantes temporales: seis meses para el inicio de las obras y quince para el comienzo de la actividad comercial. Sin embargo, dicho requisito temporal era de imposible cumplimiento por dos circunstancias: Primera, la aprobación por parte de la Dirección General de Desarrollo Industrial de la propia Junta autonómica de un proyecto de gaseoducto cuya conducción cruzaba los terrenos en los que la propia Administración regional había permitido, días antes, la implantación del referido centro comercial. Segunda, tal autorización partía de la calificación de los terrenos como rústicos, cuando en realidad los mismos eran considerados por las Normas Subsidiarias y Complementarias del Municipio como urbanos.

La Sala de casación considera, por tanto, errónea la apreciación de la prueba llevada a cabo por las resoluciones administrativas y por la sentencia de instancia que las confirmó, entendiendo que el plazo temporal acordado es exiguo, debiendo el mismo ser ampliado hasta el momento de aprobación por la Administración autonómica de los instrumentos jurídicos precisos para conseguir bien la compatibilidad jurídica de la licencia con el proyecto de gaseoducto, bien la declaración de su imposibilidad, con las consecuencias que de ello pueden derivarse.

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) Enajenación de bienes públicos. Condiciones formales exigidas para permutar un bien. B) Potestades administrativas. Condiciones para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. C) Conservación de los bienes públicos. Requisitos para inscribir los bienes en el Registro de la propiedad. **3. Aguas continentales.** A) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo de varios pozos, pero para el uso a que venían siendo destinados; inscripción en Registro de Aguas como aprovechamiento temporal. B) Aprovechamientos hidroeléctricos: no cabe caducidad de la concesión sin el trámite de audiencia. C) Comunidades de Regantes: límite del derecho de información de un comunero. D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) La finalidad del deslinde es fijar los límites del demanio costero. b) Procedimiento de deslinde. B) Utilización privativa del demanio costero. a) No se aplica a las concesiones especiales de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas la obligación de reposición a la extinción del título. b) Las reservas demaniales deben justificarse suficientemente de acuerdo con los criterios señalados al efecto por la normativa de costas. c) El rescate concesional inmotivado y arbitrario justifica la obtención del amparo por parte del Tribunal Constitucional. **5. Carreteras: diversas cuestiones.** A) Proyectos de carreteras: discrecionalidad de la Administración. B) Publicidad en las carreteras: legalidad del artículo 88 del RD 1812/1994. C) Autopistas de peaje: reducción de precios. **6. Minas: distintas cuestiones.** A) Aprovechamiento de los recursos minerales: sección B). B) Aprovechamiento de los recursos minerales: sección C). **7. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales: canon de vertidos. a) Adecuación del Reglamento de Dominio Hidráulico a la Ley de Aguas y al Derecho comunitario. b) Inexistencia del hecho imponible cuando el concesionario no contamina. B) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifa de utilización del

agua: vigencia de normas especiales que contradicen la Ley de Aguas y su reglamento. C) Aguas continentales: abastecimiento: discriminación en la fijación de la tarifa entre ciudadanos del mismo municipio. D) Aguas continentales: tasas municipales por alcantarillado y depuración. E) Aguas marítimas: puertos: más cuestiones. F) Minas: Canon de superficie de minas: a vueltas con la posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos. G) Otro dominio público: aeropuertos. H) Otro dominio público: tasas de dominio público radioeléctrico. I) 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. 5751 a la 7967 de 2005 (cuadernillos 24 a 33), la de los TTSSJ en los cuadernillos 14 a 22 y la Constitucional desde la 1/2006, de 16 de enero, hasta la 83/2006, de 13 de marzo.

2. BIENES LOCALES

A) Enajenación de bienes públicos. Condiciones formales exigidas para permutar un bien

En la **STSJ de Aragón de 22 de febrero de 2005,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 615, se plantean los requisitos formales que son precisos para que sea procedente la permuta y, en especial, la necesidad de tramitar un procedimiento para que sea válida la misma. Pronunciamiento que realiza ante el hecho de que en el caso debatido se había realizado una permuta de un bien municipal con otro de un particular de forma verbal y sin formalizarla en escritura pública.

Para enjuiciar la validez de la permuta realizada, previamente en la Sentencia se examinan los requisitos formales que se exigen en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Así, en ella se parte de que en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se configura la permuta como una excepción del sistema normal de enajenación mediante subasta y que por ello se requiere un expediente en el que se acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor; por otra parte, en el artículo 118 de dicho Reglamento se exige la valoración técnica de los mismos que acredite de modo fehaciente su justiprecio. Tales requisitos formales no se aprecia que se cumplan en el caso enjuiciado, por lo que para la Sentencia citada concurre una causa de nulidad en el acuerdo administrativo aprobatorio de la permuta.

Sin embargo, el Tribunal se enfrenta al hecho de que la permuta fue realizada en el año 1978 y que durante el tiempo transcurrido los bienes han sufrido modificaciones. Ante esta situación en la Sentencia se afirma que no puede olvidarse la realidad de las cosas; la permuta se llevó a cabo, haciéndose entrega del respectivo terreno, y el actor alega que realizó mejoras en la parcela propiedad del Ayuntamiento, incrementando su valor; nos hallamos, pues, ante un contrato nulo que ha producido unos efectos prácticos innegables, lo que determina que si el Ayuntamiento quiere recuperar la posesión de su parcela, previa o simultáneamente debe proceder a la devolución del terreno entregado por el particular en su día y que fue objeto de permuta, o a satisfacer su justiprecio de mutuo acuerdo o tras el oportuno expediente expropiatorio, así como a hacer efectivo, en su caso, el valor de las mejoras realizadas en la finca (doctrina del enriquecimiento sin causa).

B) Potestades administrativas. Condiciones para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio

En la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 22 de julio de 2005,** Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 942, el Tribunal se pronuncia sobre la viabilidad de la recuperación de un camino municipal. Camino municipal que no estaba inscrito en el Registro de la propiedad ni en el Inventario municipal. Esta falta de inclusión en ambos registros no constituye un impedimento para el Tribunal para la recuperación del mismo, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos por la normativa aplicable, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Tribunal. Requisitos que se aprecia que concurren en el caso debatido.

Con el fin de fundamentar su decisión, en la Sentencia comentada se reproduce la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de abril de 2001 y de 12 de febrero de 1998. Sentencias estas últimas en las que se resume la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo con respecto a los requisitos exigidos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. Sentencias a las que se hizo referencia en los números 2 y 15 de esta Revista.

También se pronuncia sobre la validez jurídica de un acuerdo municipal de recuperación de oficio del terreno ocupado por una antigua charca, que hacía años se había secado, la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 6 de mayo de 2005,** Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 1086. En la citada Sentencia se afirma que los requisitos que se deben cumplir de forma cumulativa para que sea procedente la recuperación son los siguientes: constancia de la condición demanial del bien que se trata de investigar y recuperar por la Administración, aunque no son necesarias la acreditación de la plena titularidad demanial, la acreditación de una posesión pública anterior con destino a un uso público y la existencia de una usurpación reciente. Todo ello partiendo de que ni el Ayuntamiento puede declarar propiedades ni tampoco esta Sala en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales en el ámbito contencioso-administrativo puede otorgar o denegar titularidades de bienes y sin perjuicio del derecho que asiste a las partes a instar en la jurisdicción civil que se declare la propiedad de uno u otro respecto al terreno ocupado por la antigua charca.

Los requisitos indicados se aprecia que no se cumplen en el caso enjuiciado puesto que de los datos arrojados en el expediente y de los medios de prueba practicados ofrecen

duda en torno a la condición demanial o, incluso, patrimonial de titularidad municipal. Máxime cuando dicho terreno estaba inscrito en el Registro de la propiedad y en el catastro a nombre de un particular y no se ha destruido con prueba suficiente la presunción derivada de las citadas inscripciones. Por otra parte, existen dudas en relación con la existencia de una posesión pública anterior del citado terreno, dado que del expediente se deduce que por lo menos desde hacía veinte años la charca estaba seca y, por tanto, no pudo el ganado utilizar como abrevadero dicho terreno, tal y como alegó el Ayuntamiento para justificar su posesión.

Para fundamentar su decisión, en la Sentencia citada se reproduce la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo. Entre otras Sentencias, menciona las Sentencias de 14 de octubre de 1998 (núm. 4 de la Revista) y 14 de mayo de 2002 (núm. 18), que fueron comentadas en los números 4 y 18 de esta Revista.

C) Conservación de los bienes públicos. Requisitos para inscribir los bienes en el Registro de la propiedad

En la **STSJ del País Vasco de 8 de julio de 2005,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 916, se plantean los requisitos que son necesarios para la inscripción en el Registro de la propiedad de superficies procedentes de cesiones obligatorias delimitadas por instrumentos de planeamiento dirigidos a regularizar o a legalizar terrenos y, en particular, si es preciso el consentimiento del propietario primitivo para realizarla. En relación con este último punto el Tribunal entiende que puede realizarse sin dicho consentimiento teniendo en cuenta la legislación aplicable al caso. En concreto, en la Sentencia citada se dice que en el artículo 30 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se alude al título para la inscripción de las cesiones obligatorias, precisando en su punto 2 que las superficies de cesión obligatoria delimitadas por instrumentos de planeamiento dirigidos a realizar o a legalizar terrenos, en los que la edificación permitida por el Plan esté totalmente consolidada, podrán inscribirse a favor del órgano actuante, sin que medie el consentimiento del titular registral, en virtud de la certificación a la que se que refiere el artículo siguiente, esto es, el artículo 31 referido a la inscripción de terrenos de cesión obligatoria en virtud de certificación del órgano actuante.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo de varios pozos, pero para el uso a que venían siendo destinados; inscripción en Registro de Aguas como aprovechamiento temporal

Si se recuerda la redacción originaria del artículo 195 del RDPH de 1986 (téngase en cuenta que por RD 606/2003, de 23 de mayo, cambia su contenido), a los efectos de inscripción en el Catálogo de aguas privadas, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas así calificadas por la Lag. de 1879 que optaran por mantenerlas en tal régimen,

debían declarar su existencia al Organismo de cuenca dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Lag. de 1985, con la solicitud, el título que acreditase el derecho al aprovechamiento, haciendo constar sus características, pudiéndose elevar a definitiva la inscripción cuando el Organismo de cuenca comprobase las características del aprovechamiento. En la **STS de 21 de septiembre de 2005,** Ar. 6906, se interpreta el mencionado artículo para considerar procedente la Resolución de la CH del Guadalquivir de 1997 que ordenaba la inscripción en el citado Catálogo de cuatro pozos existentes en una finca, pero no para el destino que solicitaban los interesados (regadío), sino para el uso a que venían destinándose dichas aguas como es el de abrevadero.

Por otro lado, la **STS de 5 de octubre de 2005,** Ar. 7310, entiende que concurrió error en la apreciación de la prueba tanto por la propia Administración hidráulica (CH del Guadiana), como por parte del TSJ de Extremadura que ratificó la Resolución de esta última, ya que se reconoció un derecho de inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento temporal de aguas privadas con destino al riego de 150 hectáreas, cuando según las actas de comprobación levantadas por la propia Administración en 1992, los cuatro pozos se dedicaban al riego de 177 hectáreas relativas a cultivos de verano (cebollas, patatas, etc.), de invierno (cebada), y varias en barbecho. De este modo, si se tienen en cuenta lo dispuesto en la DT Tercera de la Lag. de 1985 y la documentación catastral recaída en el expediente administrativo debe reconocerse en este supuesto el derecho de inscripción de 177 hectáreas en el mencionado Registro de Aguas.

B) Aprovechamientos hidroeléctricos: no cabe caducidad de la concesión sin el trámite de audiencia

Según resulta del artículo 148.6 del RDPH, para la transmisión de la concesión de aguas, es preciso cumplir una serie de trámites, y si al hilo de ese expediente, se adquiriese certeza de que la explotación del aprovechamiento ha estado paralizada por un período de tiempo superior a tres años consecutivos, se iniciará expediente de extinción de la concesión. La **STS de 5 de septiembre de 2005,** Ar. 7047, parte de ese precepto para afirmar que es ajustada a derecho la Sentencia del TSJ de Cataluña que se impugna, poniendo de relieve que la normativa existente permite en el caso controvertido iniciar el procedimiento de extinción, pero para que proceda la declaración de caducidad debe haber concurrido trámite de audiencia al interesado, que en este caso no ha tenido lugar, llegándose a la conclusión de que fue acertada la anulación de la Resolución de la Junta de Aguas de Cataluña de 1997 sobre transferencia de aprovechamiento hidroeléctrico, ya que contenía la caducidad de uno de los saltos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62 Ley 30/1992, en relación con los artículos 51.2 Lag. de 1985 y 163 y 165 del RDPH –recuérdese que este último permite además la solicitud de rehabilitación de un aprovechamiento incurso en causa de caducidad–).

C) Comunidades de Regantes: límite del derecho de información de un comunero

En la **STS de 22 de junio de 2005,** Ar. 6682, se llega a la conclusión de que un miembro de una Comunidad de Regantes tiene un derecho de información en relación con los documentos de la Comunidad limitado. En efecto, puede obtener copias de aquellos documentos que vayan a ser sometidos a la aprobación de la Junta General, pero no de

los que sirven de soporte y antecedente a los anteriores. En el caso que se debate, dos usuarios de la Comunidad de Regantes habían solicitado copia de los primeros, de manera que no puede prosperar el argumento del Abogado del Estado que se opone a que a los miembros de una Corporación de Derecho Público se les aplique el derecho de acceso a los archivos y registros públicos previsto en los artículos 35.h) y 37, ya que en su opinión éstos sólo rigen para la generalidad de los ciudadanos, siéndoles aplicables a los citados regantes exclusivamente las normas contenidas para los órganos colegiados de los artículos 22 a 27 de la Ley 30/1992. El TS reconoce que el TSJ de Aragón acertó cuando aplicó a la controversia discutida el artículo 37.8 de la Ley 30/1992 (referido a que el derecho de acceso conlleva también el de obtener copias), pues no hay que olvidar que la propia Constitución prescribe expresamente que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [artículo 105.b) CE].

D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, SSTS de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I del núm 6 de esta Revista–, y de 30 de junio de 2004 –crónica XII.3.H) del núm. 27 de *Justicia Administrativa*–] la **STS de 19 de octubre de 2005,** Ar. 7130, vuelve a reiterar que la reclamación de indemnización por una empresa por los riegos dejados de efectuar en varias campañas (desde la 87-88 a la 91-92) no es atendible, pues aunque dicha prohibición traía causa del RD 393/1988, de 22 de abril, que declaraba la sobreexplotación del acuífero 24 del Campo de Montiel, cabe afirmar que no estamos ante una privación singular indemnizable, sino ante una delimitación general del uso del dominio público hidráulico, que es también aplicable al supuesto de las aguas privadas, por efecto de lo dispuesto en el artículo 56 de la Lag. y la DT Tercera.4 de la Lag. de 1985, pues concurrió el supuesto excepcional de extrema sequía.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

a) La finalidad del deslinde es fijar los límites del demanio costero

Como en la práctica totalidad de las crónicas de jurisprudencia de costas que aparecen en esta Revista, una vez más hay que dar cuenta de la insistencia con que los pronunciamientos del TS se refieren a la finalidad de la potestad de deslinde: la fijación de los límites del dominio público marítimo-terrestre y la consiguiente inclusión en él de los elementos que evidencien tal naturaleza, de acuerdo con las condiciones normativamente exigidas. Y sin que a ello obste, por supuesto, su eventual incorporación a un proceso urbanizador, que en ningún caso desnaturaliza su condición geomorfológica.

Así, las **SSTS de 29 de junio y 5 de julio de 2005,** Ar. 6669 y 6670, respectivamente, ratifican la validez de un deslinde en el que se incluían como demanio costero sendos terre-

nos 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 la **STS de 5 de octubre de 2005,** Ar. 7584, que confirma el carácter demanial de la superficie objeto de recurso, al deducirse claramente de las pruebas aportadas para elaborar la Memoria del proyecto de deslinde su origen marino, su composición arenosa y su pertenencia morfológica al cordón litoral (FJ 7º). Y la **STS de 25 de mayo de 2005,** Ar. 6754, que lo hace respecto de unos terrenos que resultan naturalmente inundables por el flujo y reflujo de las mareas, resultando encuadrables en el presupuesto descrito por el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas. En este último caso, resulta irrelevante la existencia de una previa concesión de desecación al amparo de la legislación anterior, puesto que este título, como ha sido reiteradamente destacado por este mismo Tribunal, de ninguna manera determina la transmutación de los terrenos en dominio privado.

No se justifica sin embargo, en el supuesto al que se refiere la **STS de 15 de junio de 2005,** Ar. 6681, FJ 3º, el quiebro entre determinados hitos realizado por la Administración costera al trazar la línea de deslinde. El Tribunal no encuentra acreditadas en los bienes allí situados las características físicas exigidas por los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, entendiendo que su asignación al demanio marítimo-terrestre, rompiendo el lógico trazado recto de la línea, no queda explicada con suficiencia por parte de aquélla. Este hecho, en buena lid, determina la declaración de nulidad del procedimiento de deslinde, en este extremo en concreto.

b) Procedimiento de deslinde

a') El *iter* procedimental ha de acomodarse a las previsiones al efecto de la Ley 30/1992 y de la normativa costera

En la medida en que se trata de un procedimiento administrativo, el deslinde del dominio público costero ha de adecuarse en su realización a las determinaciones generales establecidas en la legislación sobre procedimiento común, así como a las previsiones específicas que contienen en su relación la Ley y el Reglamento de Costas. De esta manera, ha de asegurarse la participación de los afectados en el mismo en defensa de sus derechos e intereses, tal y como impone el principio de contradicción que rige cualquier actuación procedimental como la que nos ocupa; participación cumplimentada en los supuestos sobre los que se pronuncian las **SSTS de 15 de junio y 5 de octubre de 2005,** Ar. 6681, FJ 2º y 7584, FJ 3º.

b') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan nueva audiencia a los propietarios afectados

De nuevo insiste el TS en una jurisprudencia muy consolidada, que entiende innecesaria la apertura de un trámite de información pública adicional 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 provisional. Puede encontrarse la misma en las **SSTS de 19 (dos), 20 y 22 de julio (tres) 2005,** Ar. 6672, 6673, 6674, 6675, 6676 y 6679, todas ellas en sus FFJJ 5º, así como en las **de 29 julio 2005 (dos),** Ar. 6661 y 6662, FFJJ 4º y 5º.

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 hemos de hacernos eco 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 Sentencias que acaban de citarse [**SSTS de 19 (dos), 20 y 22 de julio (tres) de 2005,** Ar. 6672, 6673, 6674, 6675, 6676 y 6679, en este caso en sus FFJJ **de 4** y **29 de julio de 2005 (dos),** Ar. 6661 y 6662, FFJJ 3º] 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.

B) Utilización privativa del demanio costero

a) No se aplica a las concesiones especiales de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas la obligación de reposición a la extinción del título

Como resulta bien conocido, y tal y como ratificó la importante STC 149/1991, de 4 de julio, la entrada en vigor de la actual Ley de Costas tuvo, entre otros, el efecto de transformar los previos títulos de propiedad que sentencias judiciales firmes hubiesen declarado sobre bienes integrantes del demanio marítimo en concesiones especiales y gratuitas, operantes como indemnizaciones por la expropiación acaecida *ex lege*. Por esta razón, el Tribunal Supremo entiende en su **STS de 25 de mayo de 2005,** Ar. 6589, que imponer a los beneficiarios de este tipo concesional singular la obligación, derivada del artículo 72 de aquella Ley, de demoler las obras realizadas sobre esos bienes y de reponer las cosas a su primitivo estado en el momento de su finalización, supondría para éstos una carga excesiva que rompería el equilibrio económico indemnizatorio legalmente establecido. Ha de entenderse, pues, que quiebra en su relación el régimen general previsto en aquel precepto antecitado.

b) Las reservas demaniales deben justificarse suficientemente de acuerdo con los criterios señalados al efecto por la normativa de costas

El artículo 47 de la Ley de Costas, y con el exclusivo objeto de permitirle cumplimentar fines de su competencia, reconoce a la Administración del Estado la posibilidad de reser-

varse la utilización total o parcial de dependencias del dominio público marítimo-terrestre, siempre que no resulten posibles otras ubicaciones alternativas para las instalaciones o actividades que se precisen para los mismos.

En el supuesto controvertido al que se refiere la **STS de 26 de octubre de 2005,** Ar. 7417, el Consejo de Ministros, amparado presuntamente por esta facultad, declaró como zona de reserva una parcela del demanio costero con el fin de instalar allí una estación depuradora de aguas residuales declarada en su día, mediante Ley, obra de interés general. Pese a que el proyecto de la misma consideró inicialmente la de su emplazamiento zona extra-demanial, las continuas filtraciones de aguas marinas en el terreno evidenció con prontitud su carácter inundable, tal y como la categoría aparece definida, en cuanto que integrante del dominio público costero, en el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas. Por esa razón, en el próximo deslinde realizado debería quedar incluido expresamente en el demanio marítimo.

A juicio del Tribunal –que no comparte el Magistrado formulante del voto particular a la Sentencia, precisamente sustentado en esta disensión–, no opera como motivo de inadmisibilidad de tal ubicación lo dispuesto en el artículo 44.6 de la misma Ley (que prohíbe que las instalaciones de tratamiento de aguas residuales se emplacen el la ribera del mar), por considerar que la reserva antecitada es incondicionada por razón del destino de la obra a ejecutar, viniendo situada su única limitación en el hecho de que su realización sea necesaria para el cumplimiento del fin que la justifica. Pero sí que lo hace la realidad, no desmontada por la Administración, de caber ubicaciones alternativas, económicamente análogas y ambientalmente más respetuosas que la elegida, en las que situar la instalación. Como señala el Tribunal, sobre la Administración del Estado pesa el deber de justificar razonablemente su elección, lo que no ha hecho en ningún momento. Ni siquiera su alegación de que a la fecha de aprobar el proyecto los terrenos no formaban parte del demanio es susceptible de ser tenida en cuenta, toda vez que la demanialidad es una condición natural a la que no altera la existencia o no de una declaración expresa en su relación, y menos considerando que el acuerdo del Consejo de Ministros se tomó cuando ya se había comprobado que la ubicación de la depuradora iba a realizarse en la ribera del mar. Y así, es este hecho fundamental el que lleva al órgano judicial a concluir en la imposibilidad de aplicar el artículo 47 de la Ley de Costas y, consecuentemente, a ordenar la demolición de las obras llevadas a cabo hasta el momento.

c) El rescate concesional inmotivado y arbitrario justifica la obtención del amparo por parte del Tribunal Constitucional

Si bien la existencia de razones de interés general justifica, de principio, el rescate de concesiones de uso privativo del demanio costero, no es menos cierto que la misma debe demostrarse suficientemente, y afectar de igual manera –con los mismos efectos– a todos los concesionarios que se encuentren, en su relación, en idéntica situación fáctica y jurídica.

Por eso, la **STC 27/2006, de 30 de enero,** (BOE núm. 51, de 1 de marzo), estima el recurso de amparo presentado por el titular de una concesión de aprovechamiento privativo de una zona de playa que vio sucesivamente desestimadas en vía judicial sus preten-

siones impugnatorias frente al rescate de su título a causa de obras de regeneración del demanio, a diferencia de otros concesionarios en igual situación, a los que se atendió en sus reclamaciones. El máximo intérprete de la Constitución considera que, en la medida en que los diversos Tribunales contencioso-administrativos no explicaron las razones en las que apoyaron su cambio de criterio hacia el recurrente respecto de los demás concesionarios, han resultado vulnerados sus derechos constitucionales a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24). Ello impele a su restablecimiento en los mismos, mediante la anulación de las Sentencias judiciales y la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior a su dictado, a fin de que los órganos judiciales implicados pronuncien una resolución conforme con el contenido de los derechos fundamentales violentados.

5. CARRETERAS: DIVERSAS CUESTIONES

A) Proyectos de carreteras: discrecionalidad de la Administración

En primer lugar, la **STS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 7028 de 2005, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1999, que había dado la razón a varios Ayuntamientos catalanes, frente a una Resolución y una Orden del Ministerio de Obras Públicas, de 1994, que aprobó la construcción de un tramo de autovía.

La Audiencia Nacional anuló la decisión del Ministerio, por considerar que el artículo 27.2.d) del Reglamento de Carreteras de 1977 (entonces aplicable), al hacer referencia al concepto "trazado más recomendable" sólo puede dar lugar a una única solución correcta, al tratarse en su opinión de un "concepto jurídico indeterminado", decantándose el Tribunal de instancia por la opción del trazado preferida por los Ayuntamientos recurrentes.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que en este caso existían varias soluciones jurídicamente correctas, y que la elegida por la Administración se encontraba suficientemente motivada, por lo que estima que es correcta y por lo tanto revoca la Sentencia de instancia, por considerar aquí que al existir varias soluciones jurídicamente posibles, estamos en presencia más de una potestad discrecional de la Administración que de "conceptos jurídicos indeterminados".

B) Publicidad en las carreteras: legalidad del artículo 88 del RD 1812/1994

Por otra parte, la **STS de 23 de noviembre de 2005**, Ar. 7831, considera conforme a Derecho el artículo 88 del RD 1812/1994, de 2 de septiembre, que aprobó el Reglamento de la Ley de Carreteras de 1988, y que establece la prohibición de realizar publicidad en cualquier lugar visible desde la zona de dominio público.

La Federación Nacional de Empresas de Publicidad había impugnado el citado precepto, por considerar que vulnera el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, a la libertad de información del artículo 20.1.d) y al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3.

Pues bien, el TS considera que el citado artículo 88 del Reglamento de Carreteras (cuyo apartado primero además reproduce el artículo 24.1 de la LCarr. –descartando el TS el planteamiento en relación con él de una cuestión de inconstitucionalidad–), no vulnera el principio de libertad de empresa ni la libertad de información, pues frente a ellos debe prevalecer la protección de la vida y la salud de las personas, que también son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En efecto, el motivo de prohibir la publicidad en las carreteras en cualquier lugar visible desde la zona de dominio público es proteger la seguridad vial y evitar que los conductores se distraigan con los carteles publicitarios existentes a ambos lados de las vías. Y esta protección prevalece sobre el principio de libertad de empresa.

C) Autopistas de peaje: reducción de precios

Sobre esta materia, la **STS de 18 de noviembre de 2005**, Ar. 7762, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalitat catalana contra la inactividad del Gobierno central en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, respecto a la reducción del precio medio del 7,7% de los peajes de las autopistas, asumiendo el Estado este coste mediante el establecimiento de subvenciones a las sociedades concesionarias para compensar este desequilibrio financiero.

El TS desestima el recurso por considerar que no ha quedado suficientemente acreditada la existencia del citado desequilibrio y al estimar que es difícil realizar un pronunciamiento abstracto y general sobre este punto.

6. MINAS: DISTINTAS CUESTIONES

A) Aprovechamiento de los recursos minerales: sección B)

Sobre esta materia, debemos mencionar la **STS de 21 de octubre de 2005**, Ar. 7359, que confirma la decisión de la Audiencia Nacional de 2002, que desestimó la pretensión de la empresa "Baños de Fitero, SA", que impugnó una Resolución del Ministerio de Industria de 2000 sobre fijación del perímetro de protección de los manantiales de la mencionada localidad navarra, habiendo intervenido aquí el Estado (y no la Comunidad Foral) por encontrarse el manantial en las comunidades navarra y riojana.

En este caso, se había tramitado un expediente de delimitación del perímetro de protección de manantial, según el artículo 45 del Reglamento de Minas de 1978, habiéndose tramitado de modo favorable en relación con la parte navarra del manantial, pero sin que

se pronunciara la Comunidad autónoma riojana en relación con la parte que discurre por su territorio (extremo obligatorio según el artículo 41.2 del citado Reglamento de Minas), por lo que la Dirección General de Minas del Ministerio de Industria no pudo resolver el expediente.

Ante esta situación, no puede invocarse la existencia de silencio administrativo positivo, pues se trata de facultades relativas al dominio público (artículo 43.2 de la Ley 30/1992).

B) Aprovechamiento de los recursos minerales: sección C)

Sobre esta materia, destaca en primer lugar la **STS de 19 de octubre de 2005**, Ar. 7514, confirma la Sentencia del TSJ del País Vasco de 1998, que dio la razón a la Consejería de Industria, Agricultura y Pesca del Gobierno autonómico, que declaró la caducidad de una autorización de explotación de una cantera, en el municipio de Abadiño, y considera por tanto correctamente aplicada la causa de caducidad establecida en el artículo 86 de la Ley de Minas de 1973.

Por otra parte, la **STS de 15 de diciembre de 2005**, Ar. 7748, confirma también la Sentencia de instancia de 2002 (del TSJ cántabro, en este caso) y da la razón al Gobierno autonómico, en relación con la reclasificación de una explotación minera (con autorización de explotación) inicialmente incluida en la Sección A) en otra de la Sección C) del artículo 3 de la Ley de Minas de 1973.

En este caso, se examinaron los requisitos establecidos en el RD 107/1995, de 27 de enero [sobre configuración de los recursos mineros de la Sección A)] para valorar la procedencia o no de la reclasificación: sí que se trataba de la producción de hormigones (el primer requisito se cumplía, pero no se cumplían los requisitos siguientes (valor de venta superior a los 100 millones de pesetas; número de trabajadores de la explotación superior a 10; y que los productos se comercialicen a más de 60 Km de distancia).

Según la prueba pericial practicada, no se cumplía ninguno de estos tres últimos requisitos, por lo que no resulta procedente la reclasificación.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Aguas continentales: canon de vertidos

a) Adecuación del Reglamento de Dominio Hidráulico a la Ley de Aguas y al Derecho comunitario

La **SAN de 22 noviembre de 2004,** JT 2005\1444, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Jaén contra una Resolución

del TEAC, en relación a la liquidación girada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en concepto de canon de vertido de aguas residuales, en la versión anterior a la actual.

En la demanda se mantiene la falta de cobertura legal del artículo 295.3 de dicho Reglamento a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, relativa a la Ley estatal de Tasas y Precios Públicos (exigencias del principio de reserva de ley). La Audiencia Nacional invoca varias sentencias del Tribunal Supremo en las cuales se afirmaba que el texto legal regulador de las aguas cubría suficientemente al Reglamento. Insiste la demandante en su ilegalidad, señalando que dicho precepto violentaba también el Derecho comunitario, ya que el canon que disciplina no pretende lograr la finalidad de obtener aguas depuradas y libres de sustancias contaminantes, limitándose a exigir una cantidad provisional, de carácter recaudatorio, pero sin el establecimiento de esos planes de depuración de aguas. Y, en conexión con eso, se argumenta que sólo procede la liquidación por el canon de vertidos cuando se pone en relación con la existencia de un Plan Hidrológico de Cuenca, de manera que, no existiendo ese plan, no procede el canon. Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha rechazado estos planteamientos, y que es resumida en esta sentencia.

b) Inexistencia del hecho imponible cuando el concesionario no contamina

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias en **STSJ de 29 de julio de 2005,** JT 1215, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAR de Asturias, desestimatoria de reclamación interpuesta contra liquidación girada por la Confederación Hidrográfica del Norte en concepto de canon de vertido, ejercicio 1999. Se trataba de una concesión para derivar aguas del río para una piscifactoría. Pues bien, la demandante acredita mediante informe pericial que no existen vertidos contaminantes, dado el proceso depurativo que sufren las aguas antes de ser devueltas al río, por lo que la Sala entiende que la exacción del canon es improcedente, a la vista de un hecho imponible que se engancha a la contaminación o degradación del dominio público hidráulico con motivo de verter aguas susceptibles de contaminar las aguas.

B) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifa de utilización del agua: vigencia de normas especiales que contradicen la Ley de Aguas y su reglamento

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en **SAN de 3 enero 2005,** JT 1466, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAC relativa a liquidaciones dictadas por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en materia de Canon de Regulación y Tarifa de Utilización del Agua, dando la razón al Ayuntamiento de Sevilla, a la sazón, contribuyente. El Ayuntamiento demandante considera que sigue vigente un Decreto de 31 de marzo de 1950, que adscribe al sistema de abastecimiento de agua de la Ciudad de Sevilla y Comarca unos embalses, así como la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1982 dictada en cumplimiento de aquél y que fija el sistema de determinación del canon de regulación de uno de los embalses.

Por el contrario, la Administración considera que dichas normas han sido derogadas por el Decreto 2473/1985 que establece el cuadro de vigencias como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 y del Reglamento del Dominio Hidráulico público. El Tribunal, examinado el Real Decreto 2473/1985, pone de manifiesto que no se recoge de forma expresa la derogación de estas normas, que al tratarse de normas especiales, su derogación requeriría, por ejemplo, mención expresa. Dice asimismo que la incompatibilidad particular que se da entre la regulación especial reconocida a favor del Ayuntamiento de Sevilla y la general fijada en la Ley de Aguas y su Reglamento, queda salvada por la redacción que el legislador dio a la Disposición Transitoria Primera.1, de la Ley 29/1985, cuando estableció que, quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma.

C) Aguas continentales: abastecimiento: discriminación en la fijación de la tarifa entre ciudadanos del mismo municipio

La discriminación de tarifas en el abastecimiento domiciliario de agua obedece en ocasiones al mayor coste que le supone a la Administración con competencias el abastecimiento a determinadas zonas o núcleos de su término jurisdiccional. Es el caso de la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 27 mayo de 2005,** JT 1585. La sala de Burgos ha señalado que la obligación de los municipios de prestar a sus vecinos en condiciones de igualdad los servicios municipales mínimos, con independencia del núcleo en que residan, no supone que todos los vecinos del municipio estén obligados a costear mediante una tarifa unitaria los servicios de abastecimiento de agua al margen del coste efectivo del servicio que efectivamente reciben. Se trataba de un municipio que contaba con poblaciones dispersas a las que se presta el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento mediante instalaciones individualizadas para cada localidad. Según el tribunal no resulta discriminatoria la aplicación de una tarifa específica en función del coste del servicio que reciben los vecinos de cada una de las localidades.

D) Aguas continentales: tasas municipales por alcantarillado y depuración

El TRLHL señala, expresamente, que las Entidades Locales podrán establecer tasas por los servicios de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares. Se trata, fundamentalmente, de la actividad municipal tendente a verificar si se dan las condiciones necesarias para autorizar la acometida a la red de alcantarillado municipal, la prestación de los servicios de evacuación de excretas, aguas pluviales, negras y residuales, a través de la red de alcantarillado municipal y, en su caso, su tratamiento para depurarlas. Dado que la inmensa mayoría de

los Ayuntamientos se limitaban a mantener una red municipal de alcantarillado y no a tratar las aguas residuales para su depuración, las prestaciones exigidas de los usuarios se referían en exclusiva a la retribución de este servicio, y consistían en general en figuras de sencilla factura.

Pero es cierto que Ayuntamientos de buen tamaño sí emprendieron la actividad de tratamiento de las aguas residuales, exigiendo a los usuarios domésticos (entre otros) la retribución del servicio mediante instrumentos económicos mucho más complejos en los que, ahora siempre, se tomaría el agua consumida como referencia para calcular el importe a sufragar. La persistencia en tales casos de las viejas tasas de alcantarillado se hizo dependiente de la voluntad de los plenos municipales: a veces se compatibilizan, a veces no.

La sentencia que se comenta se refiere precisamente a las relaciones entre tasas de alcantarillado y tasas de depuración, ante la alegación de que se están cobrando dos tasas por un único servicio. Es la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de junio de 2005,** JT 1664. La Sala desestima el recurso presentado por el contribuyente, en la idea de que son tasas distintas por servicios distintos, siendo perfectamente admisible la exacción de tasas por depuración una vez que entran en funcionamiento las estaciones depuradoras. Se daba la circunstancia de que la tasa la percibía el Ayuntamiento en un caso y una empresa concesionaria en otro.

Nótese que no fue opinión unánime en la Sala, puesto que consta un voto particular, según el cual la Ordenanza sería ilegal por muchos motivos, incidiendo sobre todo en el cobro de la tasa realizado por la concesionaria.

E) Aguas marítimas: puertos: más cuestiones

La controvertida regulación de las exacciones portuarias, sobre la que ya se ha pronunciado incluso el Tribunal Constitucional, sigue generando sentencias de los tribunales, todas ellas sobre la adecuación de la normativa –estatal o regional– al principio de reserva de ley tributaria.

Algunas dan la razón a los contribuyentes, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así **SSTS de 28 de septiembre de 2005,** respectivamente, RJA 7177 a 7179; **29 de septiembre de 2005,** RJA 7240 a 7246 y 7391-7392 **y 20 de octubre de 2005,** RJ 7603 a 7609 y 7704-7705, en relación con varias tarifas (T-3; T-G3…).

La **Audiencia Nacional. en SSN de 8 y17 de noviembre de 2004 y 4 de enero de 2005,** JT 2005, 1456, 1521 y 1467, respectivamente, desestima los recursos presentados contra liquidaciones por las mismas tarifas, teniendo en cuenta el efecto sanatorio de la Ley 14/2000. En algunas de estas demandas se solicitaba del Tribunal el planteamiento de cuestión de inconstitucional contra la referida Ley 14/2000, en particular, contra su Disposición Transitoria Segunda. Es cierto que la Disposición citada sigue utilizando la denominación

de precio privado, incluso dejando de utilizar el cobro de tarifas por vía de apremio, pero lo esencial, y éste es el motivo por el que en precedentes sentencias fueron anuladas las Órdenes Ministeriales anteriores, es que la regulación de los elementos esenciales de las tarifas, que es una prestación patrimonial de carácter público, se haga por Ley. Y se respeta desde que intervino la Ley de 2000. La Audiencia Nacional analiza también su propia competencia para resolver los recursos: cualquier impugnación de liquidaciones en vía administrativa formulada ante el Ministro que se base en motivos distintos a la ilegalidad de la Orden no correspondería en principio su conocimiento a este Tribunal, pero sí en aquellos casos en que se utiliza concretamente la vía del artículo 107 de la Ley 30/1992.

Claro que también hay sentencias estimatorias referidas a tarifas de 2001 y siguientes. El TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, **en STSJ de 19 de julio de 2005,** JT 1228, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife (año 2001) que aprobaba las tarifas para la prestación del Servicio de Control Portuario en el Puerto de San Sebastián de La Gomera. Invoca a tal fin la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en relación con las tarifas portuarias y constata la falta de cobertura legal que proporcionaba la Ley de 1992, en cualquiera de sus redacciones.

F) Minas: Canon de superficie de minas: a vueltas con la posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos

Ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. El problema se arrastra desde que la Administración cambió su criterio tradicional (mantener idéntica la cuantía en los sucesivos ejercicios) a partir de los años 1995 y 1996, girando liquidaciones que pretendieron actualizar dicho canon, aplicando los coeficientes de actualización en un principio genéricos que se contenían para las tasas en Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Como se ha expuesto en comentarios anteriores, las salas de los Tribunales no presentan unanimidad en sus pronunciamientos. En números anteriores comentábamos resoluciones del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y de los TTSSJ de Aragón y Castilla-La Mancha.

La Audiencia Nacional estima el recurso presentado mediante su **SAN de 15 de noviembre de 2004,** JT 2005, 1461, referido al período 2001, pero en relación con las actualizaciones de la cuantía original en función de los incrementos genéricos de las cuantías de las tasas *ex* Leyes de Presupuestos anteriores a 1999 (téngase en cuenta que la habilitación arranca de la Ley 25/1998).

Traemos también la sentencia desestimatoria del **TSJ de Aragón de 14 de febrero de 2005,** JT 1214, sobre liquidaciones correspondientes al ejercicio 2000, manteniéndose la Sala en las tesis de resoluciones anteriores.

G) Otro dominio público: aeropuertos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en **SAN de 31 de enero de 2005,** JT 1477, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAC, recaída en reclamación interpuesta contra liquidación girada por la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en concepto de Tarifa unitaria de aproximación (año 2001). Están obligados a satisfacer esta tasa los explotadores de las aeronaves que realicen maniobras de aproximación y salida de los aeropuertos nacionales. La empresa aeronáutica recurrente entiende que se ha incumplido la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que regula la tarifa de aproximación, por no haberse fijado para el año en cuestión (2001) la tarifa por el Ministerio de Fomento, no pudiendo ser de aplicación la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2001. Entiende la recurrente que la primera Orden aprobada tenía eficacia sólo para 1999 y que tenía que ser renovada. Esta exigencia no es compartida por el Tribunal.

La misma Sala desestima, mediante **SAN de 26 de noviembre de 2004,** JT 2005, 1297, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAC en relación con liquidación practicada por AENA en concepto de Tarifa H (servicios de asistencia en tierra). La demandante analiza los diversos conceptos que se le exigen y considera que existe una doble imposición inadmisible, ya que AENA grava la utilización del dominio público aeroportuario, la aproximación, aterrizaje y estacionamiento de las aeronaves, sin que ahora se dé un servicio distinto. La Sala realiza un análisis de las tarifas que la parte actora compara, a fin de determinar si la prestación de servicios de asistencia en tierra se encuentra gravada por alguna tasa específica que excluya el pago de la misma, encontrando que hay diferencias suficientes en el presupuesto de cada una de las prestaciones que determinan la desestimación de su recurso.

H) Otro dominio público: tasas de dominio público radioeléctrico

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en **SAN de 28 de marzo de 2005,** JT 1255, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAC desestimatoria de reclamación económico-administrativa interpuesta contra liquidaciones practicadas por la Dirección General de Telecomunicaciones, en concepto de Canon de Reserva del Dominio Público Radioeléctrico, ejercicio 1997. La estimación se fundamenta en la nulidad de la Orden Ministerial mediante la que se cuantificaba la prestación, lo que se considera contrario al principio de reserva de ley. En efecto, la cuantía de este canon se determinaba por Órdenes del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que fijaban el valor de uno de los elementos de la liquidación: la unidad de reserva radioeléctrica. Téngase en cuenta que se trataba de uno de los precios públicos afectados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya regulación original se quiso salvaguardar mediante el RD-Ley 2/1996. La Audiencia Nacional estima el recurso sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de

2003, RJA 5477, y otras concordantes, según las cuales en este caso el efecto sanatorio del referido Decreto-ley no era completo.

La **SAN de 8 de noviembre de 2004,** JT 2005\1455, desestima la reclamación planteada por el Ente Público RTVE, que entendía se encontraba exento de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, 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. Sin discutir su naturaleza, la Audiencia Nacional 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.

I) Otro dominio público: Dominio público local

La **STSJ de Canarias, Tenerife, de 28 de junio de 2005,** JT 1232, estima el recurso, anulando la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público mediante la instalación de vallas y soportes publicitarios en las vías públicas, en el punto concreto en que se refiere a la instalación de vallas en terrenos privados. Ello sobre la base de que es presupuesto de la exacción de la tasa la utilización del dominio público, lo que no se da en estos casos.

El Tribunal Supremo dicta una sentencia más en relación con la controvertida tasa por el aprovechamiento especial de la vía pública por empresas que presten servicios de suministro, en particular cuando se cuantifica al 1,5% de sus ingresos. Se resuelve el recurso planteado por una empresa del sector eléctrico, en el sentido de que procede la aplicación de este sistema aun cuando la empresa en cuestión no sea titular de la red de distribución (empresa comercializadora). Es la **STS de 21 de noviembre de 2005,** RJ 7808.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Eloy Colom Piazuelo
Ismael Jiménez Compaired
Beatriz Setuain Mendia
Antonio Embid Irujo

XIII. MEDIO AMBIENTE

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A) Residuos, régimen jurídico de su traslado a otro país de la Unión Europea. Concepto de "notificante" del traslado y obligaciones de éste. Los poderes de la autoridad que debe autorizar el traslado y el plazo en el que debe pronunciarse. B) Incumplimiento de Estado (España) sobre obligaciones que le impone la normativa de evaluación de impacto ambiental. Obligación de la publicación de la declaración de impacto, limitaciones de los Estados al fijar criterios y umbrales que permitan excepcionar a determinados proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental; aplicación transitoria del derecho comunitario. C) Directiva 79/409/CEE "aves": la delimitación de Zonas de Especial Protección de las Aves debe hacerse con criterios ornitológicos y no socioeconómicos. Existe una obligación permanente de adaptación de la delimitación en función de la evolución de los criterios de protección y de los nuevos estudios científicos que puedan producirse. No debe producirse una evaluación de impacto ambiental de un proyecto cuando la solicitud de autorización del mismo sea anterior a la fecha de expiración del plazo de adaptación del derecho interno a una Directiva. **3. Evaluación de impacto ambiental. Los proyectos de líneas aéreas de energía eléctrica de tensión igual o superior a 200 kv y una longitud superior a 15 Km, deben ser sometidas a previa declaración de impacto ambiental. 4. Espacios naturales protegidos.** A) La entrada en vigor del RD 384/2002, de 26 de abril, por el que se aprueba el PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa, exige la aprobación previa o simultánea del régimen económico y de compensaciones correspondiente. B) Preceptos del Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos, que vulneran las competencias en materia de medio ambiente, espacios naturales protegidos y autoorganización que corresponden a las Comunidades Autónomas de Aragón y Andalucía al carecer su contenido de carácter básico. **5. Aguas continentales.** A) Delito ecológico: vertido de lixiviados no tóxico, ausencia de riesgo ambiental gra-

ve para cauce fluvial; tala de árboles masiva y vertido de desechos de madera a arroyos, aplicación del artículo 330 del Código Penal (daños a espacios naturales). **6. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Utilización de gasóleo bonificado e imposición de sanciones: concepto de aptitud para circular. b) Suministro de productos a tipos bonificados: responsabilidad de la suministradora. c) Tratamiento de las mermas en el transporte entre depósitos fiscales e industrias sometidas a intervención permanente. B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad. C) Impuestos sobre el transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de febrero-abril de 2006; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 5751 a la 7967 de 2005 (cuadernillos 24 a 33) y la Constitucional desde la 1/2006, de 16 de enero, hasta la 83/2006, de 13 de marzo.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Residuos, régimen jurídico de su traslado a otro país de la Unión Europea. Concepto de "notificante" del traslado y obligaciones de éste. Los poderes de la autoridad que debe autorizar el traslado y el plazo en el que debe pronunciarse

La problemática jurídica del traslado de residuos vuelve a aparecer en la **STJCE (Sala Primera) 16 de febrero de 2006, recaída en el asunto C-215/04**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 234 CE, por un Tribunal danés en un asunto que oponía a una empresa de aquel país (Marius Pedersen A/S, dedicada a la recogida de residuos de componentes electrónicos) con la Agencia Nacional de Medioambiente (Miljostyreisen). La petición de decisión judicial versa sobre la interpretación de distintos artículos del Reglamento (CEE) núm. 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea.

El litigio trataba de varios traslados a Alemania de residuos de componentes electrónicos con vistas a su valorización. La empresa Pedersen había solicitado autorización a la Agencia danesa de medio ambiente para trasladar a Alemania 2.000 toneladas de residuos para su valorización. La Agencia denegó la autorización porque la empresa no le había suministrado información sobre distintas cuestiones que la Agencia debía examinar, en particular sobre los poderes otorgados por los productores iniciales de los residuos que acreditaran que Pedersen les representaba en los trámites de la explotación, sobre la prueba de que la instalación alemana realizaría el tratamiento de los residuos de modo equivalente, desde el punto de vista ecológico, al establecido por la normativa danesa y sobre la composición de los residuos, ya que la solicitud de traslado sólo se refería a que eran "residuos de componentes electrónicos". Al mismo tiempo y como la notificación era incompleta, la Agencia aducía que no había empezado a correr el plazo de 30 días establecido en el artículo 7 del Reglamento 259/1993 en el que la autoridad debería pronunciarse. Pues bien, la empresa danesa interpuso recurso contra la negativa aduciendo que sí había facilitado documentación suficiente y que, además, habían transcurrido estos 30 días sin oposición administrativa por lo que podía efectuar el traslado de los residuos. Es en el curso de ese procedimiento judicial que se plantearon al Tribunal comunitario diversas cuestiones que dan lugar al pronunciamiento que se está comentando.

La primera cuestión, si es el productor de los residuos o el autorizado para recogerlos quien debe notificar su traslado, se trata en el artículo 2.g) del Reglamento citado quien, simplificando, permite la notificación por parte del autorizado a recoger los residuos solamente "cuando (...) no sea posible" que lo notifique su productor. Esta frase va a ser interpretada de la siguiente forma amplia por parte del Tribunal (punto 19):

> "(…) los términos 'cuando ello no sea posible' que figuran en el artículo 2, letra g), inciso ii), del Reglamento núm. 259/1993 deben interpretarse en el sentido de que el mero hecho de que una persona sea un recogedor autorizado no le confiere la condición de notificante de un traslado de residuos con vistas a su valorización. **Sin embargo, las circunstancias de que el productor de los residuos sea desconocido o de que el número de productores sea tan elevado y la producción derivada de la actividad de éstos sea tan reducida que no sea razonable que tales productores notifiquen individualmente el traslado de residuos pueden justificar que se considere al recogedor como autorizado como el notificante de un traslado de residuos con vistas a su valorización**" (el resalte tipográfico es nuestro).

La siguiente cuestión planteada versa acerca de si es correcto que la autoridad del Estado expedidor pueda oponerse porque la normativa del Estado receptor no indique que se exige el mismo nivel de protección ecológica que el que exista en el Estado expedidor. Ello exige una interpretación del artículo 7.4 del Reglamento para lo que el Tribunal apela, fundamentalmente, a una Sentencia anterior de 16 de diciembre de 2004, EU-Wood-Trading (comentada en el núm. 27, 2005, de esta Revista). De la misma y de los criterios sentados por la que se comenta, concluye el Tribunal que el notificador está obligado a suministrar información sobre los criterios de valorización del Estado expedidor pero que ello no implica que la autoridad esté vinculada por dichos criterios y su equivalencia con los internos. En concreto la negativa al traslado fundamentada en los criterios de

valorización basados en normas internas sólo estará legalmente amparada cuando, con arreglo al principio de proporcionalidad, las normas internas sean adecuadas para alcanzar los objetivos que persigue el Reglamento 259/1993 de prevención de riesgos para la salud humana y el medio ambiente y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos. Estos riesgos no deben medirse con arreglo a consideraciones de índole general sino sobre la base de investigaciones científicas apropiadas. Esto quiere decir que el criterio de la equivalencia de protección ecológica no es, sólo por sí mismo, válido y exclusivo para fundamentar la oposición a la petición de traslado (punto 34 de la Sentencia).

Dentro de las obligaciones del notificante está la de una completa información sobre el contenido de los residuos (lo que se deduce del artículo 6.5 del Reglamento). No vale, pues, mencionar sólo que se trata, como en el caso, de "residuos de componentes electrónicos", sino que debe tratarse de una notificación completa "que refleje detalladamente el origen, la composición y la cantidad de los residuos destinados a ser valorizados y, cuando se trate de residuos de orígenes diversos, su inventario pormenorizado" (punto 37 de la Sentencia).

Finalmente y sobre la forma de cómputo de los 30 días que según el artículo 7.1 del Reglamento tienen las autoridades de destino, de expedición y de tránsito para oponerse al traslado, el Tribunal, conforme a la normativa nombrada, indica que debe comenzar a computarse a partir del envío del acuse de recibo de la solicitud de traslado por parte de la autoridad de destino al notificante y una copia del mismo a las demás autoridades competentes. El principio de seguridad jurídica hace que este plazo deba computarse así sin que pueda quedar suspendido su cómputo por la petición de informaciones adicionales cuando la notificación sea incompleta (puntos 46 y 47). Ahora bien, para cohonestar esta forma de leer los plazos con la protección ambiental, el Tribunal decide que las autoridades competentes puedan solicitar información adicional y que ello suspenda el plazo, pero esa petición la deben hacer en forma de "objeción" (negativa al traslado) y dentro de los 30 días. Si el notificante entrega la información adicional solicitada dentro de los mismos 30 días y ello es considerado suficiente por la autoridad, la autorización ya está concedida. Si no es así, deberá formularse una nueva notificación (nuevo procedimiento) para pedir la autorización. Ello quiere decir que si se sobrepasa el plazo de los 30 días sin decir nada la autoridad, ya no se pueden formular objeciones contra el traslado ni solicitar información adicional al notificante (punto 52). El sistema de "silencio administrativo positivo" (en la terminología española) existente en el Reglamento queda, pues, ratificado en su adecuación con los elementos interpretativos que se han indicado.

B) Incumplimiento de Estado (España) sobre obligaciones que le impone la normativa de evaluación de impacto ambiental. Obligación de la publicación de la declaración de impacto, limitaciones de los Estados al fijar criterios y umbrales que permitan excepcionar a determinados proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental; aplicación transitoria del derecho comunitario

La **STJCE (Sala Tercera) de 16 de marzo de 2006, recaída en el asunto C-332/04,** declara el incumplimiento del Reino de España de varios preceptos de la Directiva 85/337/del

Consejo de 27 de junio de 1985, modificados por la Directiva 97/11/CE del Consejo de 3 de marzo de 1997, por no haber adaptado el derecho español a dichos preceptos.

Tras los trámites de rigor (informaciones previas, requerimiento, dictamen motivado), la Comisión interpuso recurso por los hechos que se indican en el párrafo anterior. Al mismo se acumuló otro recurso por incumplimiento en relación con la falta de evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna. La transposición al derecho español (que suponía la modificación del RDLeg. 1302/1986) se produjo en dos momentos: primero por el RD-L 9/2000, de 6 de octubre, y, posteriormente, por la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

La primera cuestión tratada es si el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificado por la 97/11 se ha transpuesto correctamente. Lo que reprocha la Comisión es que no se ha hecho mención en la transposición a la interacción entre los distintos factores (ser humano, fauna, flora, suelo, agua, aire, clima, paisaje, bienes materiales, patrimonio cultural) que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación de impacto ambiental. La Sentencia constata que, efectivamente, esto no se encontraba contemplado en las normas de transposición (Real Decreto-Ley 9/2000, Ley 6/2001), y que la afirmación del Gobierno español de que el artículo 127 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, procedió a reflejar en la normativa la interacción ente dichos factores, no es suficiente puesto que los incumplimientos deben medirse al final del plazo fijado en el dictamen motivado que, en el caso, era más de un año anterior.

Igualmente se constata el incumplimiento del artículo 9, modificado, de la Directiva 85/337 que exige la comunicación pública de la resolución de autorización, o no, de la obra sometida a evaluación de impacto ambiental. Que el derecho español prevea la publicidad de la declaración de impacto ambiental (positiva o negativa) no es suficiente si ello no se extiende a la autorización, o no, del proyecto de la obra subsiguiente. Para ello el Tribunal examina cuál puede ser la finalidad de la normativa comunitaria indicando en el punto 58 de la Sentencia, lo siguiente:

> "Al establecer en su artículo 9, la obligación de los Estados miembros de informar al público cuando se adopte una decisión de concesión o de denegación, la Directiva 85/337 modificada pretende hacer participar al público de que se trate en la vigilancia del cumplimiento de estos principios. Pues bien, el hecho de que el público sólo tenga conocimiento del contenido de un dictamen que debe tener en cuenta el órgano competente antes de adoptar su resolución no le permite participar en vigilancia con tanta eficacia como cuando la información que se le transmite se refiere a la resolución definitiva que pone fin al procedimiento de autorización."

(Debe hacerse constar que la reciente Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, BOE de 29 de abril de 2006, y que en su Disposición Final Primera ha modificado profundamente el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, ha introducido un artículo 4 bis en el mismo que supone el cumplimiento de lo establecido en esta Sentencia.)

También se plantea la cuestión –siempre peliaguda en las modificaciones normativas– de la aplicación transitoria de la antigua regulación. Se da el caso de que la normativa de transposición española ha aparecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 97/11 que tuvo lugar el 14 de marzo de 1999. Como la normativa española prevé la aplicación del viejo derecho a los proyectos privados que a la entrada en vigor del RD-L 9/2000, se encuentren en tramitación administrativa, o que hayan sido sometidos a información pública o que, incluso, hayan sido aprobados porque no debían someterse al trámite de información pública, la Sentencia constata la falta de adecuación de esa normativa a los principios del derecho comunitario. Y no es óbice a ello el principio de seguridad jurídica aducido por la representación del Gobierno español, porque bastaría una transposición retrasada de las Directivas comunitarias para impedir, entonces, la aplicación de las mismas en la fecha que ellas entraran en vigor (punto 66) de la Sentencia.

Finalmente, también se declara contraria al derecho comunitario examinado la disposición del anexo II, grupo 7, letra b), de la Ley 6/2001 que declara sujetos únicamente a evaluación ambiental los proyectos de urbanización y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas. Para la Sentencia, ello significa utilizar únicamente uno de los criterios puestos a disposición de los Estados para señalar qué tipo de proyectos deben ser sometidos al trámite, el de la localización. Junto a ellos existen el de la naturaleza y el de las dimensiones de los proyectos que deberían haberse reflejado. El criterio comunitario que deja a los Estados señalar los criterios y umbrales que permitan decir cuáles de los proyectos incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337 está limitado por el necesario respeto a las normas de *ius cogens*, podríamos decir, contenidas en la misma normativa comunitaria.

Es por ello mismo, finalmente, que se declara que la exención del complejo de ocio de Paterna de evaluación de impacto ambiental, es contraria al derecho comunitario pues se basó únicamente en el criterio de la localización (estaba en suelo urbano) y no en el de las dimensiones y naturaleza de los proyectos.

C) Directiva 79/409/CEE "aves": la delimitación de Zonas de Especial Protección de las Aves debe hacerse con criterios ornitológicos y no socioeconómicos. Existe una obligación permanente de adaptación de la delimitación en función de la evolución de los criterios de protección y de los nuevos estudios científicos que puedan producirse. No debe producirse una evaluación de impacto ambiental de un proyecto cuando la solicitud de autorización del mismo sea anterior a la fecha de expiración del plazo de adaptación del derecho interno a una Directiva

La **STJCE (Sala Segunda) de 23 de marzo de 2006, recaída en el asunto C-209/04**, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria, declara el incumplimiento por parte de este Estado de diversas obligaciones presentes en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, en su versión modificada por la Directiva 97/49/CE, de la Comisión, de 29 de julio de 1997.

La polémica se establece en torno a la delimitación de una Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA en las siglas habituales españolas, ZEP en las comunitarias) hecha por un Land austríaco y que no lleva consigo la adecuada protección de una especie protegida (el guión de codornices, que aparece en el Anexo I de la Directiva); igualmente en cuanto se ha autorizado el proyecto de construcción una autovía que afecta a esa Zona.

La Comisión Europea afirma, efectivamente, que para cumplir el principio de protección establecido por el artículo 4.1 y 2 de la Directiva 79/409, la ZEPA debía haberse extendido por otros territorios y ello de acuerdo con informes científicos que señalaban que los mismos eran tanto hábitat como lugar de reproducción del guión de codornices. La República de Austria considera que se basó en su delimitación en criterios ornitológicos pero que también evaluó la superficie, estado cuantitativo y su entorno ambiental teniendo en cuenta las alteraciones ya existentes en la zona y los deterioros de los terrenos a que se refiere la Comisión por existir perturbaciones y molestias. Resumiendo, para Austria se pueden tener en cuenta en la delimitación no sólo criterios ornitológicos sino también intereses socioeconómicos.

El Tribunal de Justicia rechaza las razones de la República de Austria y, basándose en su jurisprudencia anterior, indica que no pueden ser tenidas en cuenta las razones socioeconómicas. Además, habría una obligación constante de adecuar la delimitación de las ZEPAS a las exigencias que se puedan ir dando sucesivamente y también a los informes científicos que se puedan ir sucediendo. No puede, por lo tanto, tenerse como único criterio el de las razones e informes que existieran en el momento de la delimitación original de la ZEPA.

Finalmente y respondiendo al argumento de la Comisión de que una autopista que afectaba a la ZEPA debía haber sido sometida a la evaluación a que se refiere el artículo 6.4 de la Directiva 79/409, la respuesta es que dado que está acreditado que el proyecto de construcción de la autovía se inició en 1992 y tras una interrupción se reanudó en 1994, no cabe tal aplicación en cuanto que la adhesión de Austria a la Unión Europea tuvo lugar con fecha 1 de enero de 1995, es decir, en esa fecha de tramitación del proyecto no era aplicable en Austria el derecho comunitario nombrado.

3. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. LOS PROYECTOS DE LÍNEAS AÉREAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE TENSIÓN IGUAL O SUPERIOR A 200 KV Y UNA LONGITUD SUPERIOR A 15 KM, DEBEN SER SOMETIDAS A PREVIA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Aplicando el criterio sentado en las Sentencias de 1 de abril y 27 de noviembre de 2002 –objeto de comentario en el número 21 de esta revista– y reiterado en las de 5 de mayo y 20 de septiembre de 2004 –comentadas a su vez en el número 27 de la misma–, el TS estima, en su **STS de 19 de octubre de 2005,** Ar. 7703, el recurso de casación interpuesto por dos asociaciones de las provincias de Huesca y Lleida contra la sentencia de la Sala del TSJ de Madrid desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de Industria y Energía del Ministerio del mismo nombre, desestimatoria a su vez del recurso interpuesto contra la resolución de

la Dirección General de la Energía por la que se autorizó el establecimiento de la línea eléctrica aérea a 400 kv denominada "Unión de la línea Aragón-Frontera Francesa con la línea Senmenat-Sallente".

Entiende el TS que, aunque el Proyecto de línea se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 85/11/CE, la interpretación de la misma realizada por la Directiva 97/11/CE ha de tenerse en cuenta, por mor del principio de retroactividad de la norma interpretativa, lo que comporta que es de aplicación esta última a los expedientes iniciados antes del 14 de marzo de 1999, exigiendo el sometimiento de la línea a la previa declaración de impacto ambiental.

4. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) La entrada en vigor del RD 384/2002, de 26 de abril, por el que se aprueba el PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa, exige la aprobación previa o simultánea del régimen económico y de compensaciones correspondiente

Una nueva **STS de 27 de abril de 2005,** Ar. 4316, reitera la doctrina sentada en otra de la misma fecha pero con número de repertorio Aranzadi 4316 que fue objeto de comentario en el número 31 de esta revista, en la que el problema debatido es el mismo, el fallo idéntico y lo único que cambia es la parte demandante. Razón por la que nos limitamos a dejar constancia de la misma y nos remitimos a los comentarios realizados en el anterior número de la revista.

B) Preceptos del Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos, que vulneran las competencias en materia de medio ambiente, espacios naturales protegidos y autoorganización que corresponden a las Comunidades Autónomas de Aragón y Andalucía al carecer su contenido de carácter básico

El Tribunal Constitucional en su **STC 32/2006, de 1 de febrero**, ha estimado parcialmente los conflictos de competencias interpuestos por la Diputación General de Aragón y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos del Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos, declarando que vulneran las competencias de dichas Comunidades Autónomas los siguientes preceptos del Real Decreto: artículos 3; 4, apartado 1 en el inciso "que, a efectos administrativos están adscritos al Ministerio de Medio Ambiente", apartado 2, epígrafes a), inciso "de los que, al menos, uno será miembro de la Comisión Mixta de Gestión", e), f), g), h), i), y k), apartado 3, apartado 4, apartado 5, apartado 6, apartado 7; Disposiciones Adicionales Primera y Segunda y Cuarta inciso

"y de las Comunidades Autónomas"; Disposiciones Adicionales Quinta, Sexta y Séptima inciso "y las Comisiones Mixtas de Gestión de los mismos"; anexo I, apartado 3; anexo II, apartado 7, epígrafes a), g), h), i), j), k), l), m), n), ñ) y o).

Los conflictos planteados se sustentaban en el rechazo del carácter básico de los preceptos cuestionados por las Comunidades Autónomas entre los que incluían algunos más de los aceptados en el fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional. Criterio compartido por el Alto Tribunal en aplicación de la doctrina sentada al efecto en sus anteriores sentencias: 194/2004, de 10 de noviembre, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, por la que se modificaba la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, y las Sentencias 35, 36, 81, 100, 101 y 331/2005, declarativas de diversos espacios naturales y del Plan Director de la Red de Parques Nacionales, que han sido objeto de comentario en los números 27, 28, 29 y 31 de esta revista a los que nos remitimos.

5. AGUAS CONTINENTALES

A) Delito ecológico: vertido de lixiviados no tóxico, ausencia de riesgo ambiental grave para cauce fluvial; tala de árboles masiva y vertido de desechos de madera a arroyos, aplicación del artículo 330 del Código Penal (daños a espacios naturales)

La **STS de 18 de julio de 2005,** Sala de lo Penal, Ar. 6903, ratifica la decisión a que llegó la AP de Barcelona de absolver a los acusados como responsables de un delito contra el medio ambiente del que venían siendo imputados, y por tanto no prospera el recurso interpuesto por el Fiscal que señala que se dio un riesgo grave de contaminación para las aguas superficiales, provocándose la imposibilidad de vida acuática en el cauce público afectado por un vertedero de lixiviados. El TS recuerda que quedó demostrado en primera instancia que de los informes periciales que se emitieron, no era posible deducir que se hubiese producido contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, vinculándose la gravedad que exige el tipo penal contenido en el artículo 347 bis del Código Penal de 1973 (actual artículo 325 del Código Penal de 1995) a la presencia de índices de toxicidad previstos por la Orden de 13 de octubre de 1999, quedando los vertidos con efectos situados por debajo de este umbral sujetos al derecho administrativo sancionador.

Conforme al artículo 330 del Código Penal de 1995, el que en un espacio natural protegido dañe gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la **STS de 17 de noviembre de 2005,** Sala de lo Penal, Ar. 60 de 2006, se confirma la Sentencia de la AP de Granada que era objeto de impugnación, en el sentido de que efectivamente sí concurrió en el caso que se discute el delito descrito en el artículo 330 del Código Penal, pues resultó probada la tala ilegal de álamos (13.000 aproximadamente), sauces y otras especies de ribera del Parque Natural de la Sierra de Baza, elementos importantes para este enclave. La ilegalidad estribaba en que la actuación se basó en una licencia dada por el Director del Parque para retirar madera deteriorada, cuando dicha autorización debió otorgarse por la Consejería de Medio Ambiente, y además no se efectuó

solamente lo contenido en la licencia, sino que se procedió a una tala masiva de arbolado por procedimientos prohibidos según el PRUG del Parque Natural como son "las cortas a hecho o matarrasa" (artículo 42 del PRUG).

No obstante, a pesar de que en distintos arroyos quedaron depositados ingentes cantidades de desechos provenientes de la tala de madera, dándoles el aspecto de una ciénaga, no concurre en este último caso uno de los requisitos para que estemos ante el tipo delictivo previsto en el artículo 325 del Código Penal, como es la afección grave al equilibrio de los ecosistemas fluviales, de manera que sólo son imputables al principal acusado el delito del mencionado artículo 330 y del artículo 404 del Código Penal (este último relativo a la prevaricación de funcionario o autoridad, que a sabiendas emite una resolución arbitraria en un asunto administrativo).

6. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) Utilización de gasóleo bonificado e imposición de sanciones: concepto de aptitud para circular

El TSJ de Asturias estudia los requisitos para que proceda la utilización del gasóleo bonificado. En los casos que siguen se discutirá que se trate de vehículos no aptos para circular por las vías públicas y se hallen afectos de modo exclusivo a actividades de las expresamente autorizadas. Dice el TSJ que sólo los vehículos no matriculados o dados de baja para desguace carecen de aptitud para circular por vías públicas, sin que sea relevante la retirada de placas de matrícula, el estado de conservación o mantenimiento, que no se hayan pasado las inspecciones técnicas correspondientes, gozar de determinado seguro, o disponer de tarjeta de transporte. Considera que en muchos de los casos que se le presentan los vehículos no reúnen los requisitos para su utilización y, por lo tanto, procede la liquidación del impuesto y la sanción impuesta. Se trataba de casos como los que siguen. Un camión-cuba militar, procedente de una subasta del Ejército de Tierra, que se encontraba en una vaguada de la carretera en la que se estaban realizando obras de ampliación de la misma (**STSJ de Asturias de 29 de julio de 2005,** JT 1218). Un camión que carecía de placas de matrícula y de tarjeta de transporte) (**STSJ de Asturias de 29 de julio de 2005,** JT 1221). O un camión que se encontraba realizando labores mineras **(STSJ de Asturias de 29 de julio de 2005,** JT 1222).

En cambio el uso sí era procedente en relación con una pala cargadora sobre ruedas y sin matrícula ni autorización para circular por vías y terrenos públicos (**STSJ de Asturias de 29 de julio de 2005**, JT 1219).

b) Suministro de productos a tipos bonificados: responsabilidad de la suministradora

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por empresa suministradora de hidrocarburos a la que se le exige el concepto tributario correspondiente y se le sanciona, por haber suministrado productos a tipos reducidos a quien no estaba en posesión de todos los requisitos necesarios para ello, en concreto la tarjeta CAE (Código de Actividad del Establecimiento). Son **SSTS de 26 de septiembre de 2005,** RJ 7256 **y 29 de septiembre de 2005,** RJ 7301.

c) Tratamiento de las mermas en el transporte entre depósitos fiscales e industrias sometidas a intervención permanente

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado frente a sentencias dictadas por la Audiencia Nacional que habían anulado liquidaciones tributarias en el entendimiento de que el sujeto pasivo se beneficiaba de una presunción legal de que, por razones naturales, se producían mermas en el transporte entre depósitos fiscales e industrias sometidas a intervención permanente que determinaban la reducción de la cuota tributaria. Dice el Tribunal Supremo que es necesario instar del Ministerio de Economía y Hacienda el señalamiento de porcentajes de mermas, de modo que la omisión de este trámite hace improcedente la reducción. Se trata de la **STS de 30 de septiembre de 2005,** RJ 7503.

La Audiencia Nacional desestima el recurso planteado por el sujeto pasivo en la **SAN de 24 de octubre de 2005,** JT 1423. La empresa trata de justificar las diferencias halladas por la Inspección en las mermas por razones técnicas o naturales, e invoca que se le admitan las tolerancias oficiales de medición de los equipos contempladas reglamentariamente. Dice la Sala que para que hubieran tenido en consideración los datos provenientes de los aparatos de control de la recurrente, sirviendo de prueba a sus intereses, tenían que contar con una especial homologación. Constando que la empresa no aportó el certificado de calibración correspondiente o el documento acreditativo de la seguridad y fiabilidad del medidor, no puede presumirse que las mediciones realizadas fueran correctas, de ahí que sus alegaciones al respecto no sirvan para destruir la presunción legal de mermas y valorarlas en más.

B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad

La **SAN de 11 de julio de 2005,** JT 1608, trata una vez más del concepto de "fábrica" y de la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto en relación con parques eólicos. Se desestima el recurso atendiendo al incumplimiento de la obligación a inscribirse en el registro territorial de la oficina gestora en cuya demarcación se instale el correspondiente establecimiento.

La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 7 de octubre de 2005,** JT 1679, desestima el recurso planteado por la empresa a la que se le rechazaba la aplicación de la exención en rela-

ción con la fabricación de energía eléctrica en instalaciones acogidas al régimen especial que se destine al consumo de los titulares de dichas instalaciones. Para el Tribunal, esta 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 del titular.

C) Impuestos sobre el transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte

El TEAC, **mediante RTEAC de 4 de mayo de 2005,** JT 1326, entiende que queda sujeta al impuesto una embarcación de matrícula británica utilizada en territorio español por el titular de un establecimiento situado en España, a través de una sociedad unipersonal constituida por la misma persona y recayendo el cargo de administrador único en dicha persona, al no haber solicitado la matriculación de la embarcación definitiva dentro de los treinta días siguientes al inicio de su utilización en España.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Javier Domper Ferrando
Ismael Jiménez Compaired
Beatriz Setuain Mendia
Antonio Embid Irujo

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Sumario:

1. Consideración general. 2. Defensa de la competencia. A) Prácticas restrictivas de la competencia. Concentración económica. Acuerdo de integración de Vía Digital en Sogecable. B) Prácticas restrictivas. Existencia. C) Prácticas restrictivas. Competencia desleal de las Universidades. Artículo 11 de la LORU. **3. Fomento. 4. Gas natural. Pago de fianza con requisito necesario para reserva de capacidad. 5. Energía eléctrica. Incentivos. 6. Mercados de crédito.** A) Cajas de Ahorro. Cuotas de participación. Derecho de suscripción preferente de los copartícipes. B) Entidades de Crédito. Sociedades de Tasación. Sanción Administrativa por incumplimiento de los requisitos de homologación. **7. Telecomunicaciones.** A) Obligaciones impuestas al operador dominante. B) Régimen transitorio. **8. Televisión y acontecimientos deportivos.**

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

En la presente crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la 1/2006, de 16 de enero, y la 114/2006, de 5 de abril, y las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 31 a 37 de 2005.

2. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Prácticas restrictivas de la competencia. Concentración económica. Acuerdo de integración de Vía Digital en Sogecable

El Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias con fecha 7 de noviembre de 2005 y una tercera el 29 de noviembre del mismo año en las que se enjuician los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros, el 29 de noviembre de 2003, por los que autoriza la operación de concentración económica consistente en la integración de Vía Digital en Sogecable, si bien sometida al cumplimiento de ciertas condiciones. En breve, la historia de esta operación es la siguiente.

Mediante acuerdo de 8 de mayo de 2002, firmado entre Sogecable, SA y el Grupo Admira Media, SA (socio mayoritario de Vía Digital), se pone en marcha la operación de integración de la plataforma Vía Digital en Sogecable. Después de la ejecución del acuerdo, Sogecable adquirirá el control de la Sociedad DTS, Distribuidora de Televisión por Satélite, SA, que opera la plataforma de televisión digital por satélite Vía Digital.

El 2 de julio de 2002, la Comisión Europea recibió la notificación del proyecto de operación de concentración en que se traducía ese acuerdo de integración de la plataforma Vía Digital en Sogecable. La Comisión, el 14 de agosto de ese mismo año, adoptó una decisión por la que se remite a las autoridades españolas competentes la resolución sobre la operación de concentración. Diversos operadores de cable recurrieron esta decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, el cual dictó sentencia desestimatoria el 30 de septiembre de 2003. Contra esta sentencia no se interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por tanto, la remisión de la operación a las autoridades nacionales quedó como definitiva.

El 29 de noviembre de 2003, el Consejo de Ministros adoptó dos acuerdos por los que aprueba la concentración, pero la subordina a la observancia de 10 condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos (Acuerdo Segundo) y a 24 condiciones relativas a otros mercados (Acuerdo Primero). Y el 29 de enero de 2003 se presentó el Plan de Actuaciones para la instrumentalización de las indicadas condiciones, que fue aprobado por el Servicio de Defensa de la Competencia el 3 de abril de 2003.

La **STS de 7 de noviembre de 2005,** RJ 2005\7717, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, resuelve los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por las entidades mercantiles Buena Vista Internacional, INC y The Walt Disney Company Iberia, SL, contra el primero de los mencionados acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2003. En concreto, se solicita la declaración de nulidad de tres de las condiciones impuestas: la cuarta (segundo párrafo), la quinta y la sexta.

Según la condición cuarta (párrafo segundo): "La duración de cualquier nuevo contrato entre Sogecable y los grandes estudios relativo a derechos de emisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos por ellos producidos no podrá exceder de tres años".

Según la condición quinta: "Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusiva de largometrajes cinematográficos producidos por los grandes estudios para su explotación en cualquier régimen de pago por visión mediante plataformas tecnológicas distintas de las que explota actualmente".

Y según la condición sexta: "Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusiva de largometrajes cinematográficos producidos por los grandes estudios para su

explotación por medio de telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos".

Después de exponer las características de la operación de concentración económica enjuiciada y del alcance del control de juridicidad de estas operaciones, la sentencia entra a examinar –y rechazar– los motivos en los que se fundamenta la impugnación. En breve, son los siguientes.

El primer motivo de impugnación es la omisión del trámite de audiencia de las compañías afectadas en el procedimiento de autorización de la concentración económica. Se pretende, en efecto, la invalidez del acuerdo tomado por el Consejo de Ministros al haberse prescindido del indicado trámite en relación con las entidades recurrentes, que se encontrarían legitimadas para intervenir en el procedimiento por su condición de interesados, por ser titulares de derechos e intereses legítimos afectados por las condiciones impugnadas. El Tribunal, sin embargo, rechaza este motivo de nulidad al no apreciarse que el Consejo de Ministros haya vulnerado el invocado artículo 89.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El segundo de los motivos en los que se basa la impugnación tiene que ver con el alcance del deber de motivación. Según las partes recurrentes, la motivación de las condiciones impugnadas impuestas por el acuerdo, y en particular la condición cuarta (párrafo segundo), resulta manifiestamente insuficiente, en razón de la genérica, vaga e incluso incongruente fundamentación que ofrece la exposición de motivos del referido acuerdo. En este sentido, se argumenta que la motivación resulta parcialmente inexistente al no justificarse la determinación del límite temporal de tres años impuesto a la duración de los nuevos contratos que puedan formalizarse entre la empresa concentrada Sogecable y los grandes estudios relativos a los derechos de emisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos por ellos producidos, con restricción de la libertad de empresa y de la libertad contractual. La sentencia, tras recordar la doctrina establecida por esa misma Sala en materia de motivación y utilizando esos parámetros de enjuiciamiento, afirma que debe estimarse suficientemente justificada la imposición de las condiciones.

El tercer motivo de impugnación es la presunta vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, en concreto, de los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de proporcionalidad. La infracción del primero de ellos se concreta, sustancialmente, en la denuncia de que el acuerdo, tanto en el sentido formal como en el material, carece de motivación y es irrazonable. Se subraya, en relación con el segundo de los principios mencionados, que la condición cuarta, por su carácter absoluto, no es la medida menos lesiva para los intereses de las compañías demandantes, ni se prevé una cláusula de revisión o de supresión para el supuesto de modificación de la estructura del mercado relevante de la televisión de pago, debiendo considerarse suficiente la limitación temporal referente a la emisión en exclusiva de la segunda ventana que impone la condición séptima. Estos razonamientos son también rechazados por el tribunal. Según la sentencia, efectivamente, las condiciones impuestas, incluida la cuarta, no se revelan innecesarias,

inadecuadas o irrazonables al fin perseguido por la normativa en materia de competencia. Además, afirma que no puede caracterizarse la limitación temporal de tres años de la duración de los contratos de desproporcionadamente gravosa, al deber significarse que se han ponderado de forma equilibrada los intereses públicos y privados afectados. De lo que cabe concluir –siempre según la sentencia– que el principio de proporcionalidad no ha sido vulnerado por el acuerdo autorizatorio del Consejo de Ministros.

El cuarto y último motivo de impugnación es la presunta vulneración del artículo 14 de la Constitución, a saber, el principio de igualdad ante la ley. Según las empresas recurrentes, el acuerdo impugnado infringe este principio al imponer condiciones restrictivas a la libertad de negociación a determinadas empresas productoras de largometrajes cinematográficos y canales temáticos reconocidas como "grandes estudios", frente a otros productores que no sufren restricción alguna y que podrían negociar los contratos sobre derechos de emisión con la entidad fusionada. Esta diferenciación entre compañías productoras –en opinión de las recurrentes– no responde a una justificación objetiva que ampare la diferencia de trato y carece de justificación razonable. Criterio que no comparte el Tribunal. Según la sentencia, no es cierto que el acuerdo del Consejo de Ministros imponga un trato discriminatorio en perjuicio de las recurrentes, pertenecientes a la categoría de los "grandes estudios", por la no extensión de las cláusulas impugnadas a otros productores, resultando, por otra lado, que esta diferencia de trato es congruente con la praxis de la Comisión Europea.

La conclusión a los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo es la desestimación de los recursos acumulados. A esta sentencia, sin embargo, se han formulados dos votos particulares.

El primero lo formula el Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona. Este mismo magistrado ya formuló otro voto particular, con ocasión del recurso contencioso-administrativo número 37/2003, en el que mantuvo que la concentración económica no debió ser autorizada por sus efectos anticompetitivos, que no quedan contrarrestados adecuadamente con las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros. En coherencia con esta tesis, en este nuevo voto particular se sostiene que, *a fortiori*, menos aun cabrá la autorización si finalmente alguna de esas condiciones hubiera de ser eliminada del acuerdo impugnado.

El segundo voto particular lo firma el Magistrado D. Eduardo Espín Templado. Manifiesta su coincidencia con el criterio de la Sala en lo que respecta a la conformidad a derecho de la decisión del Consejo de Ministros de autorizar la operación de concentración, subordinándola a determinadas condiciones. La discrepancia de este Magistrado, pues, se circunscribe a la conformidad a derecho de determinadas condiciones impuestas, en concreto, las siguientes: por un lado, la suficiencia de las condiciones decimotercera a decimosexta y decimonovena (referidas a los efectos anticompetitivos de futuro en mercados afectados de manera más indirecta, como son el de la telefonía, acceso a Internet e infraestructuras); y, por otro lado, la legalidad de la condición decimoctava (referida

a los precios). De todas maneras, entiende que la estimación parcial de los recursos en los que se impugnan esas condiciones no hubiera afectado a la subsistencia del acuerdo impugnado.

La **STS** también **de 7 de noviembre de 2005,** RJ 2005\7664, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, resuelve el contencioso-administrativo interpuesto por las entidades Sogecable, SA y DTS Distribuidor de Televisión Digital, SL, igualmente contra el primero de los mencionados acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2003. En concreto, se solicita la declaración de nulidad de cuatro de las condiciones impuestas: la primera (segundo párrafo), la decimotercera, la decimoctava y la decimonovena.

Según la condición primera (párrafo segundo): "En todo caso, Sogecable deberá poner un número adicional de canales equivalentes al menos al 20% de los actualmente emitidos a través de su plataforma de televisión a disposición de terceros programadores diferentes de aquellos cuyos canales ya viniesen operando a través de Canal Satélite Digital con anterioridad a la operación de concentración".

Según la condición decimotercera: "Sogecable no podrá comercializar conjuntamente la oferta de la plataforma de televisión resultante de la operación notificada con la de acceso a Internet de banda ancha de Telefónica o, en su caso, la del proyecto Imagenio".

Según la condición decimoctava: "Durante el plazo de cuatro años desde el presente acuerdo, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios por encima de un límite fijado como IPC-X, siendo IPC el límite superior objetivo de inflación del Banco Central Europeo para el año correspondiente y X un porcentaje que será determinado con carácter anual atendiendo a la evolución, estructura competitiva y demás características de los mercados afectados. En todo caso, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios durante el año 2003".

Y según la condición decimonovena: "Tanto Sogecable como cualquiera de las empresas que ostentan su control o las controladas por ella no podrán suscribir acuerdos o alianzas de carácter estratégico con cualquier empresa del Grupo Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada".

En general, las entidades recurrentes fundamentan su pretensión en que las indicadas condiciones incumplen los requisitos que el Tribunal Constitucional ha señalado para las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, a saber: idoneidad de la medida para conseguir el objetivo propuesto, ser necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito, y ser proporcionada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto.

El Tribunal Supremo sostiene, en su sentencia, que el planteamiento de los actores debe ser matizado, pues, en supuestos como el enjuiciado, lo fundamental es discernir, en primer lugar, en qué medida una operación de concentración puede perjudicar la efectiva competencia de los mercados concernidos por ella, y, caso de que este perjuicio se produjera, determinar, en segundo lugar, si las condiciones adoptadas por el Gobierno son adecuadas o convenientes para, en la medida de lo posible, restablecerla o minimizarla o, en su caso, trasladar las eficiencias de la operación a los consumidores. Lo que realmente está en juego –razona el tribunal– es el derecho a la competencia como presupuesto indispensable para que un sistema de libertad de empresa sea viable en una economía de mercado, principio de libertad de empresa predicable no sólo de las operadoras concentradas, sino también del resto de operadores que actúan en dichos mercados y que como consecuencia de la fusión podrían ver frustradas sus posibilidades de competir en situación de cierto equilibrio y no de absoluta desventaja e, incluso, de los usuarios que, como consecuencia de la libre competencia, están en disposición de recibir unos servicios de calidad a unos precios proporcionados. Desde esta perspectiva –concluye– el primordial examen es, consecuentemente, determinar si las medidas son adecuadas para restablecer la competencia o, al menos, suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar su validez, aunque indirectamente produzcan limitaciones en la libertad de empresa de las plataformas concentradas. Y ésta es la conclusión a la que llega la sentencia, puesto que, tras examinar cada una de las condiciones impugnadas, desestima el recurso interpuesto.

A la sentencia se formulan dos votos particulares por las mismas personas y con idéntico contenido que los señalados en relación con la sentencia anterior: uno por el Magistrado Manuel Campos Sánchez-Bordona y otro por el Magistrado Eduardo Espín Templado.

Por último, la **STS de 29 de noviembre de 2005,** RJ 2006\107, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, resuelve el contencioso-administrativo interpuesto por un conjunto de entidades mercantiles dedicadas al cable y las telecomunicaciones contra los acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2003. En concreto, se solicita que se declare la nulidad total de ambos acuerdos.

El Tribunal Supremo, a la hora de resolver este recurso y a los efectos de evitar repeticiones innecesarias, se remite a los razonamientos contenidos en las ya varias sentencias dictadas en relación con esta operación de concentración económica. Finalmente concluye que los acuerdos del Consejo de Ministros impugnados no son irracionales ni arbitrarios, debiendo entenderse que sus facultades discrecionales han sido ejercitadas dentro de los criterios normativos tanto nacionales como de Derecho europeo en materia de concentraciones, lo que implica la desestimación del recurso, considerando los actos recurridos conformes a Derecho y suficientes las condiciones impuestas, sin que sea necesario, pues, ordenar su sustitución por otras diferentes.

Como en las dos sentencias anteriores, también a ésta se formulan dos votos particulares, de idéntico contenido, respectivamente por los Magistrados Manuel Campos Sánchez-Bordona y Eduardo Espín Templado.

B) Prácticas restrictivas. Existencia

Catorce empresas desmontadoras de algodón suscribieron un acuerdo que en síntesis establecía unos coeficientes fijos de compra de algodón para cada empresa, con penalizaciones y compensaciones de los excesos o defectos sobre los coeficientes fijados, así como un precio mínimo de compra, una mesa de seguimiento de los acuerdos y un fondo de garantía, mediante pagarés avalados por banco, extendidos a favor de la Asociación de Desmotadoras de Algodón de España (ADAE), para asegurar la efectividad de las penalizaciones y compensaciones.

Este acuerdo fue considerado no autorizable por el Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual además impuso a las empresas una sanción. La resolución del TDC fue impugnada ante la Audiencia Nacional, la cual desestimó el recurso. Frente a la sentencia de la AN se recurrió en casación, dando lugar a la **STS de 2 de noviembre de 2005,** Ar. 7524, que desestimó de nuevo el recurso interpuesto.

La recurrente, en su recurso casacional, alega en primer lugar que el acuerdo del TDC vulneraba los apartados 1.a) y 1.c) del artículo primero de la ley de defensa de la competencia. En defensa de su tesis alega la recurrente que el acuerdo de las empresas desmotadoras de algodón ni tenía por objeto ni había producido una alteración de la competencia, ni fijaba directa o indirectamente los precios.

El Tribunal Supremo opone a estos argumentos que la cuestión no es tanto la finalidad subjetiva de las empresas cuanto la finalidad objetiva del acuerdo según sus propias estipulaciones. Por ello, rechaza que la crisis del sector apreciada por las entidades recurrentes pueda justificar su proceder, y confirma que el acuerdo vulneró lo establecido en la ley de defensa de la competencia.

En segundo lugar se alega la vulneración del artículo 3.2.b) de la ley de defensa de la competencia por entender la recurrente que si bien el acuerdo de las empresas desmontadoras pudiera constituir una conducta prohibida, debió ser autorizado por el hecho de existir un exceso de capacidad productiva que resultaba antieconómica.

El Tribunal Supremo rechaza también este motivo, al entender que la sentencia de primera instancia había declarado de forma inequívoca que no se había acreditado la crisis estructural por exceso en la capacidad desmotadora que podría haber hecho autorizable dicho acuerdo, tal como previamente había apreciado también el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así las cosas, para el Tribunal Supremo no puede aducirse infracción del artículo 3.2.b) de la Ley de Defensa de la Competencia, pues el precepto fue rectamente aplicado habida cuenta la valoración motivada y razonable de la situación de hecho efec-

tuada por la Sala de instancia respecto a la situación del sector algodonero en el momento en que se concluyó el acuerdo.

C) Prácticas restrictivas. Competencia desleal de las Universidades. Artículo 11 de la LORU

El artículo 11 de la Ley 11/1983 de Reforma Universitaria trata de hacer compatible el ejercicio de la docencia, incluso en régimen de dedicación exclusiva, con trabajos para el mundo externo a la Universidad, siempre que estas actividades se lleven a cabo de acuerdo con lo establecido en el propio precepto.

La Universidad Politécnica de Valencia recurrió al artículo 11 de la LORU para contratar proyectos y dirección de obras, trabajos que eran realizados por sus profesores. Fue justamente esta actividad de la Universidad la que fue denunciada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, procediéndose por el mismo al archivo de las actuaciones, archivo que fue confirmado por el pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y es este archivo, el que da lugar al recurso del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la Comunidad Valenciana primero ante la Audiencia Nacional y después ante el Tribunal Supremo, que mediante la **STS de 27 de octubre de 2005,** Ar. 7613, desestimó finalmente el recurso.

Los recurrentes denunciaron la infracción del artículo 2.1 de la ley de defensa de la competencia al haber sido, a su juicio, erróneamente aplicado. Para la parte recurrente el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria "interpretado en su contexto, espíritu y finalidad, *ex* artículo 3.1 del Código Civil", no ampara las actuaciones denunciadas y, en consecuencia, las mismas debían reputarse conductas prohibidas de conformidad con el artículo 1.1.d) de la Ley de Defensa de la Competencia o, en su caso, incursas en competencia desleal según el artículo 15 de la Ley de Competencia desleal. De acuerdo con este planteamiento, las entidades actoras centran el debate en demostrar que el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria no ampara dichas conductas, ya que los "trabajos de carácter científico, técnico o artístico" a los que se refiere el precepto están estrictamente circunscritos por los objetivos de la institución universitaria.

El Tribunal Supremo rechaza estos argumentos. Para el Tribunal todo el esfuerzo argumentativo se dirige a propugnar que los contratos a los que se refiere el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria se han de referir a actividades de docencia, investigación o promoción de la cultura, al ser ése el exclusivo ámbito de actuación de la Universidad y de los sujetos enumerados en dicho precepto y que, al no ser los contratos denunciados de esa naturaleza, sino de carácter profesional y técnico, dichas actividades no están amparadas por la Ley. Consecuentemente, lo que se pretende demostrar es que Departamentos, Institutos universitarios y profesores sólo y exclusivamente pueden contratar la realización de trabajos con esas finalidades "académicas": los contratos que excedan dichos fines serían contrarios a la Ley, puesto que no están comprendidos en el precepto discutido, que es el que habilita a dichos sujetos a contratar trabajos externos a la Universidad siempre que estén encaminados a las finalidades de la institución universitaria.

Frente a dicho razonamiento la sentencia afirma que la interpretación restrictiva del artículo 11 de la LORU debe ser rechazada, pues no es posible deducir ni del propio precepto ni de una interpretación sistemática de la ley las limitaciones a la facultad de contratar que defiende la recurrente. En este sentido se destaca que la misma LORU atribuye a la Universidad la transmisión de la ciencia, la técnica y la cultura a la sociedad, tarea que no sólo se lleva a cabo mediante la docencia, sino también mediante la transferencia de los resultados de la investigación a la actividad económica, social y técnica.

Por tanto, se niega que el acuerdo impugnado vulnere la LORU.

Ahora bien, dicho esto se añade que la conformidad de la actuación de la Universidad Politécnica con respecto a la LORU no implica que tal actividad sea también conforme con la ley de defensa de la competencia. Así, se dice que "frente a lo que erróneamente se afirma en la Sentencia de instancia, el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria no es una de las Leyes a las que se refiere el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no habilita a un comportamiento que por sí mismo incurra en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que su alcance es autorizar dichos contratos en términos generales, por ejemplo, a los efectos de la compatibilidad de la actividad de los profesores con su dedicación académica. En la perspectiva del derecho de la competencia tales contratos podrán ser o no contrarios a derecho en función de sus características, el mercado en el que se realicen y su relevancia en el mismo y demás circunstancias que sean de consideración, lo que habrá de comprobarse en cada caso de manera específica. Esto es, el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria tiene un objetivo distinto al de una Ley que autorice una conducta en principio prohibida por el derecho de la competencia y es, por consiguiente, neutro desde esta perspectiva".

Procede, pues, examinar también la corrección de la actuación impugnada con respecto de la ley de defensa de la competencia y, en particular, con su artículo primero. Esta cuestión queda sin resolver por los siguientes argumentos de carácter procesal: "los órganos de defensa de la competencia entendieron que no había indicios de la vulneración del derecho de la competencia, sin que asociaran dicha afirmación de forma unívoca a la infracción o no del artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria. La Sala de instancia, en respuesta al planteamiento de la parte recurrente, sostiene la conformidad de la actividad denunciada con el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria, en lo que acierta, aunque yerra al afirmar que por ello dicha actividad está amparada frente a las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. El motivo de casación único, al sostener que la Sala se equivoca en el alcance material del artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria y que el mismo no cubre dicha actividad por no ser estrictamente docencia, investigación o promoción de la cultura debe ser rechazado. Y como su tesis de que dicha actividad contractual es contraria al derecho de la competencia depende de manera directa de dicha interpretación del artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria, la misma no puede ser tampoco aceptada en el marco de este recurso.

Por otra parte, en esta sede de casación y en el recurso de autos, a esta Sala no le resulta posible pronunciarse sobre si los contratos denunciados eran o no contrarios al derecho

de la competencia, como tampoco lo ha hecho la Sala de instancia desde el punto de vista de las características de los contratos y de los mercados afectados, al basarse exclusivamente su afirmación sobre la conformidad al derecho de la competencia de la actividad denunciada en la cobertura del artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria, entendido erróneamente como suficiente desde la perspectiva del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia".

Por razones parecidas, tampoco entra a conocer el Tribunal de la cuestión relativa a si la actuación impugnada infringe el artículo 15 de la ley de competencia desleal.

3. FOMENTO

Las **SSTS de 17 de octubre, 4 de noviembre y 7 de diciembre de 2005,** Ar. 7512, 7565 y 71 de 2006, tienen como objeto el examen de la legalidad del acuerdo administrativo por el que se exige el reintegro de las cantidades entregadas en concepto de subvención como consecuencia del incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas.

En la primera de las sentencias citadas, la de 17 de octubre de 2005, se exigió el reintegro de la subvención por no haberse llevado a cabo la inversión exigida. La sentencia reitera la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la subvención como acto modal en unos términos que parece útil reproducir: "Nuestra jurisprudencia, como se refiere en la Sentencia de 20 de mayo de 2003 [RC 5546/1998 (RJ 2003, 5295)], ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246). Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en el actuación de éste.

Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido".

Como consecuencia de esta doctrina, el Tribunal concluye que habiéndose acreditado en primera instancia el incumplimiento en tiempo y forma de los objetivos determinantes de la subvención, procedía confirmar la validez del acto administrativo que exigió el reintegro de lo pagado así como la sentencia impugnada. A ello se añade que el hecho de

que la conducta de otras Administraciones hubiera podido demorar el cumplimiento de las condiciones, no supone que en atención al principio de confianza legítima deba justificarse el retraso de la empresa subvencionada en el cumplimiento de sus obligaciones.

La Sentencia de 4 de noviembre de 2005 conoce también en casación de un recurso de contenido similar. Se impugna el acuerdo por el que se exige el reintegro de la subvención alegando el cumplimiento de las condiciones y cuestionando la potestad revocatoria de la Administración por el hecho de no renovar una prórroga previamente concedida para poder cumplir las condiciones impuestas.

Ambos argumentos son rechazados. Por un lado, al haberse acreditado el incumplimiento parcial de las condiciones exigidas. Por otro, al no ser un acto revocatorio de derechos el no renovar una prórroga concedida con anterioridad para poder cumplir las exigencias impuestas en el acto concesional.

Como aportación de interés de la sentencia citada cabe destacar la referencia que hace al tema del alcance de la cuantía que puede reclamar la Administración en caso de incumplimiento parcial de las condiciones de una subvención. Al respecto se afirma que la jurisprudencia "no ha declarado en términos generales la 'improcedencia de la devolución total de las subvenciones percibidas para el caso de cumplimiento relativo de las condiciones establecidas', como afirma la recurrente. Por el contrario, reiteradamente hemos admitido (véase, entre otras, la Sentencia de 24 de febrero de 2005) que un incumplimiento parcial de las condiciones laborales superior a un determinado porcentaje del compromiso contraído puede determinar la obligación de reintegro total, no meramente proporcional, de las cantidades recibidas".

Por último, la Sentencia de 7 de diciembre de 2005 examina también un supuesto de exigencia de reintegro de cantidades ya recibidas. Merece destacarse en este caso el análisis del supuesto de la condición relativa a la creación de puestos de trabajo, con una remisión a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2003, Ar. 3263. De acuerdo con la misma se concluye que no se cumplieron las condiciones exigidas al no haberse contratado a los trabajadores en la forma exigida.

4. GAS NATURAL. PAGO DE FIANZA CON REQUISITO NECESARIO PARA RESERVA DE CAPACIDAD

La **STS de 29 de noviembre de 2005,** RJ 2005\7738, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Iberdrola Gas, SAU" contra el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

El litigio planteado gira en torno de las nuevas condiciones que la norma impugnada

impone a las empresas que sean autorizadas para adquirir gas y que pretendan tener acceso a las redes e instalaciones gasistas. De forma específica, se cuestiona la legalidad del régimen de fianzas instituido para garantizar la utilización de la capacidad de gas natural reservada por los solicitantes de acceso.

Las principales razones esgrimidas por el Tribunal Supremo para rechazar las pretensiones del actor son las siguientes. Primera: la finalidad de la fianza es evitar conductas empresariales que incidan negativamente en la funcionalidad del sistema gasista, por lo tanto, se respeta el principio de razonabilidad, puesto que el instrumento es idóneo para alcanzar el interés general que se concreta en la optimización de las capacidades disponibles. Segunda: mediante la constitución de la fianza se evitan aquellos aprovisionamientos a largo plazo que constituyan comportamientos ociosos y que impidan que otros usuarios aseguren la continuidad del suministro. Tercera: no tienen carácter sancionador tanto la fianza como la incautación de la garantía cuando se presente incumplimiento. Y cuarta: el hecho que genera dicha incautación es la infrautilización de la capacidad reservada.

5. ENERGÍA ELÉCTRICA. INCENTIVOS

La **STS de 16 de noviembre de 2005,** RJ 2005\7532, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Autogeneradores de Energía Eléctrica contra el Real Decreto 2066/1999, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2000.

El Tribunal Supremo afirma que la accionante, mediante las alegaciones y pruebas aportadas dentro del proceso, no acreditó que los incentivos no permitieran a las empresas de cogeneración lograr una rentabilidad razonable de sus instalaciones en el año 2000. Asimismo, la sentencia sostiene que el concepto rentabilidad razonable debe estar referido al sector que pueda ser objeto de afectación, por lo que no constituye un seguro de rentabilidad que cubra las decisiones tomadas de forma inadecuada en el marco de una mala gestión por una empresa singular. No logra demostrarse la arbitrariedad de las disposiciones impugnadas, sino que únicamente se observan decisiones administrativas que se mueven dentro de un margen de discrecionalidad técnica.

6. MERCADOS DE CRÉDITO

A) Cajas de Ahorro. Cuotas de participación. Derecho de suscripción preferente de los copartícipes

La **STS de 26 de octubre de 2005,** RJ 2005\7709, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comi-

siones Obreras y por consejeros de Cajas de Ahorro contra algunas disposiciones del Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.

Entre las razones alegadas por los demandantes en su solicitud de declaración de nulidad se encuentra el trato distinto y más exigente hacia la Asamblea de la Caja, al consagrarse un derecho de información separado de los copartícipes. El tribunal rechaza este argumento entendiendo que es legítimo el derecho de solicitar información de quien legítimamente asiste a una Asamblea, máxime cuando el Real Decreto no prejuzga el contenido de la respuesta. De igual modo, la sala considera ajustado a derecho el que la Caja, mediante su Consejo de Administración, convoque a la Asamblea del sindicato de cuota partícipes para informarles de unos datos económicos de la entidad que, en cuanto titulares de los valores negociables por ella emitidos, les interesa.

Por otra parte, la sentencia da la razón a los recurrentes en relación con el derecho de suscripción preferente, puesto que los copartícipes carecen de todo derecho de voto respecto de las decisiones que las entidades adopten, razón por la cual no es imprescindible la aprobación de los copartícipes cuando la Caja pretenda excluirlos del mencionado derecho. En otras palabras, el reglamento no puede subordinar la voluntad de los órganos de gobierno a la voluntad de los copartícipes. Éstos han suscrito cuotas conscientes de que su derecho de suscripción puede ceder ante el interés general de la Caja. Argumento que no resulta compartido por toda la Sala. En un voto particular a la sentencia, formulado por el Magistrado Óscar González González, se sostiene que no existe infracción dado que la disposición impugnada se suscribe en la regla de derecho universal referente al carácter renunciable de los derechos.

B) Entidades de Crédito. Sociedades de Tasación. Sanción Administrativa por incumplimiento de los requisitos de homologación

La **STS de de 21 de diciembre de 2005,** RJ 2006\176, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Baltasar Sociedad de Tasaciones, SA contra una Resolución del Consejo de Ministros de 16 de mayo de 2003, sobre expediente sancionador del Banco de España en relación con incumplimiento de normativa reguladora de las actividades de las sociedades de tasación.

Entre los argumentos esgrimidos por la sentencia sobresalen aquellos que rechazan la existencia de vicios de forma, principalmente porque, en el caso enjuiciado, el tribunal llega a la conclusión de que las fases de instrucción y de imposición de la sanción están perfectamente delimitadas con respeto del principio de procedimiento acusatorio propio de toda actuación sancionadora. Adicionalmente, la Sala considera infundado el razonamiento del demandante en relación con una posible remisión en bloque de la definición del ilícito administrativo a normas de rango reglamentario, con violación del principio de legalidad. Dado que el establecimiento de los requisitos de homologación corresponden a una legislación previa (la hipotecaria), ello no implica una tipificación

independiente de una infracción, consistiendo la misma en la omisión de los mencionados requisitos, cuya especificación puede hacerse mediante llamamiento a otra norma de carácter reglamentario.

Por otro lado, el tribunal declara la legalidad de la sanción impuesta por el incumplimiento del requisito de contar con un porcentaje mínimo de capital íntegramente desembolsado, argumentando que la concesión de créditos a los propios socios, que aportaban el capital social desembolsado, ocasionaba que el cumplimiento de la obligación fuese puramente nominal y sin alcanzarse el objetivo legal de estar disponible en todo momento por parte de la sociedad tasadora.

7. TELECOMUNICACIONES

A) Obligaciones impuestas al operador dominante

Telefónica de España SAU interpuso recurso frente al acuerdo de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por el que se acordó "Aprobar como texto para la Oferta de Interconexión de Referencia del operador dominante en el mercado de telefonía fija el resultante de realizar las modificaciones descritas en los Fundamentos de Derecho del presente informe en la OIR vigente de Telefónica. El texto consolidado de la OIR 2000 será elaborado por los Servicios de esta Comisión y publicado en el servidor hipertextual de esta Comisión en http://www.cmt.es. Telefónica, en el plazo de diez días a partir de que reciba un ejemplar de dicho texto refundido, lo publicará en su servidor hipertextual en http://www.telefonica.es y lo podrá a disposición de los interesados en, al menos, una de sus oficinas centrales en Madrid. La nueva Oferta de Interconexión de Referencia entrará en vigor desde el día siguiente a la publicación de la parte decisoria de la presente resolución en el Boletín Oficial del Estado".

En su recurso, que el Tribunal Supremo desestimó mediante la **STS de 3 de noviembre de 2005,** Ar. 7526, la recurrente planteó en síntesis tres motivos: por un lado, que los nuevos precios de interconexión no estaban orientados a los costes, tal y como exigía la normativa aplicable, sin que además se hubiera motivado el criterio seguido por la Comisión; en segundo lugar, se alegó que la resolución vulneraba el ordenamiento jurídico al rechazar la propuesta sobre especialización de centrales según el tráfico; por último, se entendía que la resolución vulneraba el ordenamiento jurisdiccional al rechazar la propuesta sobre introducción de requisitos para la prestación del tráfico metropolitano de interconexión.

Por lo que se refiere al primer motivo, la sentencia de la Audiencia Nacional, que es objeto del recurso casacional, aceptó plenamente los argumentos de la CMT. El Tribunal Supremo confirma la postura del tribunal de primera instancia y a ello añade que no existe falta de motivación suficiente. Por lo que hace referencia al fondo de la cuestión el Tribunal Supremo entiende que la fórmula genérica de orientación a costes del artículo 26 de la

Ley General de Telecomunicaciones de 1998 permitía diversas soluciones técnicas. La solución adoptada se ajustó además a lo previsto en el RD 1651/1998 de interconexión, y al nuevo marco regulatorio establecido en el Acuerdo de 19 de octubre de 2000 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En relación a la segunda cuestión, el Tribunal Supremo asume también en su totalidad los argumentos del organismo regulador, a su vez recogidos en la sentencia de la Audiencia Nacional. De acuerdo con ellos, para el Tribunal la especialización de las centrales y el establecimiento de haces de tráfico que propone telefónica para garantizar la integridad de la red son medidas no proporcionales y discriminatorias, comportando una rigidez innecesaria en el modelo de interconexión que se ofrecería a los operadores entrantes.

Por último, por lo que se refiere a la propuesta relativa a la prestación del tráfico metropolitano de interconexión, el debate se centra en analizar el rechazo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a dos extremos de la oferta: la exigencia de que los operadores que quisieran interconectarse tengan al menos un punto de interconexión en la central de tránsito, sea de la red básica o de la complementaria, de la que depende la central origen de la llamada, y la que se establezcan haces metropolitanos a partir del momento en que el operador comience a cursar por el punto de interconexión un tráfico de este tipo superior a 25 Erlangs.

De nuevo el Tribunal Supremo hace suyos los argumentos de la CMT y la propuesta que la misma formuló. Esta propuesta eliminó de la oferta de interconexión de Telefónica unas obligaciones generales y absolutas, formuladas en unos términos imperativos que no corresponden al operador dominante.

B) Régimen transitorio

La aplicación de lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril, a las entidades habilitadas en aplicación de la normativa anterior ha generado diversos problemas, resueltos en parte por el régimen transitorio de la propia ley.

La **STS de 18 de enero de 2006,** Ar. 5, vuelve a tratar del problema relativo a las garantías en su día constituidas por entidades cuyos títulos habilitantes se modifican, y para dar respuesta al nuevo conflicto que se le plantea se remite con carácter general a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2005, Ar. 3232.

Lo mismo ocurre con relación a la subsistencia de las obligaciones de cobertura y despliegue de la red en su formulación inicial, conflicto que también se resuelve de acuerdo con lo establecido en la Sentencia de 13 de abril de 2005.

Por lo que hace referencia a la cuestión de si el vídeo bajo demanda debe entenderse como un servicio liberalizado, o como un servicio que se mantiene incluido dentro de la concesión que en su día obtuvo la recurrente, el Tribunal Supremo, confirmando también en este punto el criterio de la Audiencia Nacional, afirma que el vídeo bajo demanda,

como servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, que puede seleccionar tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción (por emplear los términos que sobre esta figura contiene a *posteriori* la Ley 34/2002, de 11 de julio, que ya sin duda los considera servicios de libre prestación), se inscribe entre las modalidades de transmisión electrónica de contenidos liberalizadas por la Ley 11/1998, y no entre las modalidades de radiodifusión televisiva aún sujetas a concesión. La finalidad liberalizadora de la Ley 11/1998 obliga a entender que las características de este servicio, marcado por la interactividad y no por la mera recepción pasiva de la señal televisiva sin posibilidades de elección de momentos y contenidos, se encuadra entre los servicios de telecomunicaciones regulados por la Ley 11/1998.

Por último, el Tribunal rechaza la petición de indemnización de la recurrente, destacando sobre este punto que la Ley 11/1998 dispuso expresamente que los procesos de adaptación de los concesionarios no darían lugar a indemnización por alteración del equilibrio económico de las condiciones con las que se otorgó el primitivo título habilitante. A ello añade que no existe prueba bastante de que la transformación del título haya ocasionado perjuicios antijurídicos concretos, determinados y evaluables económicamente que el recurrente no tuviera la obligación de soportar.

8. TELEVISIÓN Y ACONTECIMIENTOS DEPORTIVOS

La **STC 112/2006, de 5 de abril,** resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por varios Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en relación con los artículos 4 y 6, y Disposición Transitoria Única de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. La sentencia, cuyo ponente ha sido Pablo Pérez Tremps, aparece muy bien estructurada en torno a los preceptos cuestionados de la ley, que son examinados a la luz de los principios de reserva de ley, igualdad en la ley e interdicción de la irretroactividad de las normas, y de los derechos de propiedad, a la libre empresa, y a la libre información.

El artículo 4 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, es el primer precepto cuestionado. Según los recurrentes vulnera el principio de reserva de ley porque prevé que el catálogo con las competiciones de interés general se realizará al inicio de cada temporada por parte de un órgano de la Administración (el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas). El Tribunal Constitucional admite que esta regulación afecta al derecho de propiedad de los titulares de los derechos televisivos y a la libertad de contratación, si bien concluye que esta incidencia respeta los criterios de la doctrina constitucional, porque no corresponde a la ley determinar al inicio de cada temporada de cada deporte los acontecimientos o competiciones deportivas que deben someterse al régimen legal especial. El Tribunal Constitucional señala que no se afecta a la regulación de ningún derecho, y que se trata solamente de remitir a la potestad reglamentaria, de acuerdo con los criterios que

señala la propia ley, las decisiones concretas de aplicación de la normativa, y los aspectos meramente procedimentales.

Para los recurrentes, el artículo 4 también vulnera el principio de igualdad de trato normativo (artículo 14 CE). El Tribunal Constitucional considera que "las televisiones que emiten en abierto y las que lo hacen en la modalidad de pago por consumo constituyen realidades equiparables", puesto que si bien pueden ser objeto de regulaciones diferentes, tanto a nivel interno como comunitario, "su integración en el servicio público esencial de televisión y la liberalización de este servicio permiten considerarlos términos de comparación válidos". Según el Tribunal Constitucional, la diferencia normativa que establece el precepto impugnado persigue una finalidad que es constitucionalmente lícita: se trata de permitir el acceso de los ciudadanos a los acontecimientos deportivos de especial relevancia, y de proteger los distintos intereses deportivos y mercantiles afectados. Para el Tribunal Constitucional, la exclusión de los operadores que emiten mediante el sistema de pago "puede considerarse idónea, necesaria, proporcionada y, por lo tanto, razonable teniendo en cuenta los requisitos materiales y procedimentales contemplados en el precepto impugnado para confeccionar el catálogo".

En cuanto a la comparación del artículo 4 impugnado frente al artículo 38 CE, tras recordar su jurisprudencia y, en particular, que la vigencia de la libertad de empresa no se resquebraja por la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que, proporcionada y razonablemente, disciplinan el mercado, el Tribunal Constitucional concluye que "las limitaciones a la libertad de contratación, derivadas de declarar como de interés general determinadas competiciones o acontecimientos deportivos, que deberán retransmitirse en todo caso en abierto y para todo el territorio del Estado, constituyen un ejemplo de medidas proporcionadas, que contribuyen a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, y que resultan indispensables para conseguir el mismo"; en una afirmación que el Tribunal Constitucional no llega a desarrollar.

En lo que se refiere a la alegada lesión del derecho de propiedad (artículo 33 CE), el Tribunal Constitucional, nuevamente tras recordar su jurisprudencia anterior, y en concreto lo dispuesto en sus Sentencias 37/1987, de 26 de marzo, y 204/2004, de 18 de noviembre, concluye que el artículo 4 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, determina "el contenido del derecho de propiedad de los derechos de retransmisión de determinados acontecimientos y competiciones deportivas por su interés público, de modo que el legislador establece (…) una regulación distinta de la propiedad atendiendo a la naturaleza propia de los bienes y características propias de éstos, operación que no puede considerarse contraria al artículo 33 CE".

Finalmente, en cuanto al artículo 4 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, se confronta con el artículo 20.1, letra d), CE, que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El Tribunal Constitucional señala que el precepto impugnado tiene como objetivo el de asegurar que todos los ciudadanos puedan acceder a determinados acontecimientos deportivos que se consideran de interés general, por lo que difícilmente puede considerarse contradictorio con el artículo 20.1, letra d),

CE. Encuentra justificado el límite impuesto a los operadores que actúan en la modalidad de pago por consumo, puesto que se pretende potenciar, señala el Tribunal Constitucional, la vertiente del derecho consistente en recibir libremente la información.

El artículo 6 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, es el segundo precepto impugnado por los recurrentes, que consideran que vulnera la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libertad de transmitir información por cualquier medio de comunicación, puesto que impone una prohibición general de exclusividad en la explotación audiovisual de acontecimientos y competiciones deportivas, aunque no hayan sido catalogadas de interés general, para las televisiones que operan bajo la fórmula de pago por consumo.

El Tribunal Constitucional también desestima esta pretensión de los recurrentes. En lo que se refiere a la libertad de empresa (artículo 38 CE), es cierto que el mencionado artículo 6 impone el respeto a los "principios de publicidad y libre concurrencia" en la negociación con los titulares de los derechos, y define una serie de criterios para fijar las condiciones de la oferta y el abono de la contraprestación económica (estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas, viabilidad económica de la competición, interés de los usuarios, franja horaria de emisión, etc.) Pues bien, tales limitaciones impuestas a la libertad de contratación tienen como objetivo potenciar la libre concurrencia, se llevan a cabo a través de unas medidas que tienden a hacer realidad un fin constitucional, y son imprescindibles para llegar al mismo.

El artículo 6 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, es respetuoso asimismo con el artículo 33 CE, porque las medidas que impone para el desarrollo de las negociaciones de la cesión de derechos de retransmisión, a los operadores que actúen por el sistema de pago por consumo, son para el Tribunal Constitucional unas medidas legales de delimitación del derecho, que pretenden reforzar la presencia de los intereses sociales en el uso de las facultades dominicales de los propietarios de los derechos. Se trata de unas obligaciones razonables, establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses que el legislador democrático ha considerado como propios de la comunidad.

En cuanto al derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1, letra d), CE], la regulación contenida en el citado artículo 6 no supone una injerencia que desfigure la libertad de los que transmiten la información, sobre todo porque deriva de objetivos legítimos que el legislador quiere alcanzar y que entran dentro del marco constitucional. Tal regulación no es tampoco una injerencia para los que reciben la información, sino al contrario, se establece en interés de los mismos.

El último precepto impugnado en la Ley 21/1997, de 3 de julio, es la Disposición Transitoria Única, que se examina a partir de las siguientes tres vertientes. En primer lugar, si lesiona el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales (artículo 9.3 CE). Para el Tribunal Constitucional, tras recordar su doctrina sobre el precepto constitucional (y la distinción entre retroactividad auténtica e impro-

pia), expone que no hay tal lesión, puesto que si bien se aplica a los casos en que existe un contrato, también es evidente que éste no se ha llegado a consumar, ejecutar o cumplir plenamente, dado que no se ha realizado el fin perseguido por aquél, que es la emisión del acontecimiento deportivo. Son relaciones jurídicas no concluidas en las que el legislador goza de un margen de libertad para acomodar la normativa a las circunstancias concretas de la realidad.

La segunda vertiente examinada consiste en determinar si las funciones de policía atribuidas en la ley al Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas son contradictorias con el sistema de derechos fundamentales previsto en la Constitución Española. Sin embargo, la sentencia no entra en el fondo de esta cuestión, ya que señala que los recurrentes presentaron una impugnación global y carente de una razón suficientemente desarrollada.

La tercera vertiente relacionada con la Disposición Transitoria Única consiste en averiguar si la expresión "en ningún caso pueda el Estado asumir, directa o indirectamente, la compensación de perjuicios económicos" es lesiva del derecho de propiedad (artículo 33 CE), y de la regla prevista en el artículo 106.2 CE. Para el Tribunal Constitucional, no se vulneran dichos preceptos constitucionales, porque el inciso impugnado excluye solamente las indemnizaciones a cargo del Estado de las pérdidas que se desprendan de adecuar las relaciones contractuales al nuevo marco establecido con la Ley 21/1997, de 3 de julio. El Tribunal Constitucional precisa que este inciso no puede excluir de manera absoluta la existencia de posibles responsabilidades de la Administración. Es en relación a este último aspecto que M.ª Emilia Casas Baamonde emite su voto particular, donde señala que en este caso el Tribunal Constitucional debía hacer uso de la técnica de las sentencias interpretativas.

Tomás Font
Alfredo Galán
Josep Mollevi
Joaquín Tornos

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Legitimación de las asociaciones de consumidores. **2. Deporte.** A) Examen de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de retransmisiones deportivas. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Discrecionalidad técnica de la Comisión de Expertos prevista para la homologación de títulos. B) Universitaria. a) Legalidad del Estatuto del Becario de Investigación. b) La libertad de cátedra no se lesiona por el cambio de asignación de materias a áreas de conocimiento. **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. Fuerzas y cuerpos de seguridad.** A) Exigencia de una edad, altura y constitución física determinada para acceder al Cuerpo de inspectores de los Mossos d´Esquadra. **6. Sanidad.** A) Consentimiento informado.

1. CONSUMO

A) Legitimación de las asociaciones de consumidores

La **STS de 20 de septiembre de 2005,** Ar. 7090, responde a un recurso de casación en interés de ley, en el que se cuestiona la legitimación contenciosa de las asociaciones de consumidores. Al efecto, su doctrina analiza 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 cuestionada de la Audiencia Nacional, se examina 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".

Al respecto se afirma que 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, se recuerda que ya fue puesta de relieve por el Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 1990, Ar. 1326), en Sentencia recaída con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.

2. DEPORTE

A) Examen de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de retransmisiones deportivas

La **STC 112/2006, de 5 de abril,** da respuesta al recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, contra los artículos 4, 6, y Disposición Transitoria Única de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. Como se recordará la Ley 21/1997, pretende, según se expresa en su Exposición de Motivos, "garantizar (…) los legítimos derechos de los consumidores [*sic*] a acceder a las citadas retransmisiones audiovisuales" de los acontecimientos deportivos de especial relevancia, "así como la eficaz protección de los diversos intereses deportivos y mercantiles afectados". Sus objetivos, siempre de acuerdo con su Exposición de Motivos, son dar cumplimiento a las exigencias del derecho a comunicar y recibir información, defender la concurrencia entre empresas en el marco de la economía de mercado, y otorgar protección a los consumidores y usuarios en aquellos servicios de uso común, ordinario y generalizado, como así son los de esparcimiento y deportes. Su ámbito de aplicación es el de "las competiciones o acontecimientos deportivos oficiales, de carácter profesional y de ámbito estatal, o que correspondan a las selecciones nacionales de España, de acuerdo con la calificación que de estas circunstancias realice el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas".

En primer lugar, en relación con la imputación de vulneración de la reserva de ley –a potestades que se derivan del artículo 4 de la Ley– afirma el TC que el desarrollo reglamentario y la función de catalogación que se atribuye en la Ley para las emisiones y

retransmisiones deportivas tienen el carácter de complemento indispensable para que la misma pueda cumplir sus objetivos, pues no es materia propia de ésta la regulación procedimental, ni puede, por su vocación de permanencia (manifestada entre otras razones en su forma de tramitación y aprobación), determinar al inicio de cada temporada de cada deporte los acontecimientos o competiciones deportivas que deben someterse a este régimen legal especial. Nos encontramos, por tanto, ante un complemento de la regulación legal que es indispensable por motivos técnicos y para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la propia Ley, ante un caso en el que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales son las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, ante una remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, y ante una remisión al reglamento que lo es, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. En esas condiciones no puede afirmarse que haya existido en la regulación del artículo 4 de la Ley recurrida una vulneración del artículo 53.1 CE, puesto que las remisiones que se hacen a la potestad reglamentaria son imprescindibles, y no afectan a la regulación del ejercicio de ningún derecho fundamental, dado que la misma se ha efectuado por la propia Ley. Son las decisiones concretas de aplicación de la normativa y los aspectos meramente procedimentales los que, de acuerdo con las directrices fijadas, con una razonable flexibilidad, por la norma legal, se remiten a la potestad reglamentaria de la Administración, y en ello no puede verse lesión alguna de la reserva de ley constitucionalmente prevista.

Por otro lado, el que los recurrentes hayan aportado un término de comparación válido para impugnar el artículo 4 desde la perspectiva del principio de igualdad nos obliga a entrar en el análisis de la licitud constitucional de la diferencia normativa impugnada a partir de la existencia de una justificación objetiva y razonable. Desde esta perspectiva, y partiendo de la libertad de configuración del legislador que debe presidir el control de constitucionalidad, el TC no comparte las alegaciones de los recurrentes en relación con el carácter pretendidamente discriminatorio de dicho precepto. En primer lugar, porque las finalidades perseguidas con tal medida son constitucionalmente lícitas. Desde esta perspectiva, en efecto, no cabe hacer ninguna objeción a los fines señalados en la Exposición de Motivos de la Ley en relación con el acceso de los ciudadanos a los acontecimientos deportivos de especial relevancia y con la protección de los diversos intereses deportivos y mercantiles afectados. Y en segundo lugar, porque la exclusión de los operadores que emiten mediante el sistema de pago por consumo de la emisión de dichos acontecimientos puede considerarse idónea, necesaria, proporcionada y, por lo tanto, razonable teniendo en cuenta los requisitos materiales y procedimentales contemplados en el precepto impugnado para confeccionar el catálogo de acontecimientos deportivos de interés general. A mayor abundamiento, conviene recordar que el distinto régimen jurídico al que se someten las retransmisiones deportivas realizadas por televisiones de acceso condicional y las realizadas por televisiones en abierto no es una singularidad del ordenamiento jurídico español. El Derecho comunitario, al que pretende adecuarse la Ley impugnada, utiliza esa distinción en esta misma materia de las retransmisiones, singularmente en el artículo 3 bis de la Directiva 89/552 /CEE del Consejo introducido por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. La existencia

de medidas como las aquí enjuiciadas en el ordenamiento comunitario, aunque éste no forma parte del parámetro constitucional interno de validez de las leyes (STC 28/1991, de 14 de febrero), y habituales también en el Derecho comparado, no viene sino a reforzar la idea de que el trato diferenciado aquí analizado, de la televisión en abierto y de la televisión de pago por consumo, no incurre en discriminación. En conclusión el artículo 4 de la Ley recurrida no lesiona el derecho a la igualdad de trato normativo de los operadores que emiten en la modalidad de pago por consumo.

Por su parte, los contenidos del artículo 6 de la Ley recurrida, en tanto en cuanto imponen unas determinadas exigencias para el desarrollo de las negociaciones de la cesión de derechos de retransmisión a los operadores que actúen por el sistema de pago por consumo, pueden considerarse como unas limitaciones de la propiedad de los titulares de dichos derechos. Dichas limitaciones, sin embargo, entran indudablemente dentro de las facultades del legislador que, para reforzar la presencia de los intereses sociales en el uso de las facultades dominicales de los propietarios de los derechos, tiene la facultad de imponer a éstos unas pautas de actuación que no afectan al contenido esencial de los mismos, por más que, evidentemente, ajustarse a aquéllas pueda variar significativamente el rendimiento económico de la propiedad de la que se es titular. Nos hallaríamos ante unas obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses que el legislador democrático ha considerado como propios de la comunidad, obligaciones que no van más allá de lo razonable, y sin que aquél haya sobrepasado las barreras a partir de las cuales el derecho dominical, y las facultades de disponibilidad que supone, no resultan recognoscibles en nuestro momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho. No estamos, por tanto, ante un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, sino ante medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho, que son perfectamente compatibles con lo previsto en el artículo 33 CE, de modo que no puede apreciarse en absoluto que el artículo 6 de la Ley 21/1997 suponga una vulneración del mismo.

Además, el examen del contenido del artículo 6 de la Ley recurrida revela que no se produce por la aplicación de las medidas allí contenidas vulneración alguna del artículo 20.1.d) CE. Desde la perspectiva de los que transmiten información, el que las negociaciones sobre los derechos de retransmisión deban desarrollarse de acuerdo con determinadas pautas no supone una injerencia que desfigure la libertad constitucionalmente reconocida hasta el punto en que pudiera decirse que la vulnera, sobre todo si se tiene en cuenta que las mismas se derivan de objetivos legítimos que pretende alcanzar el legislador democrático y que entran dentro del marco constitucional. Tampoco desde el punto de vista de los que reciben información cabe apreciar vulneraciones de su derecho reconocido en el artículo 20.1.d) CE. El que las negociaciones de los derechos de retransmisión, en el caso de los operadores que utilizan el sistema de pago por consumo, deban realizarse respetando los criterios formulados por el artículo recurrido no puede decirse que afecte hasta vulnerarlo al derecho a recibir libremente información veraz, y más parece que mediante los mismos –entre los que se encuentra, por cierto, el "interés de los usuarios" [artículo 6.2.c)]– puede asegurarse con mayor facilidad el citado derecho. El

fomento de la libre competencia entre los operadores redundaría así en beneficio de los que reciben la información, por lo que la lesión alegada por los recurrentes tampoco se produce desde esta vertiente de la libertad que entienden vulnerada.

Finalmente, desde la perspectiva de la Disposición Transitoria impugnada son dos las cuestiones fundamentales a analizar. En primer lugar, el de si la controvertida disposición lesiona el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 CE). En segundo, si la prohibición absoluta de compensación allí contenida lesiona el derecho de propiedad (artículo 33 CE) y el principio reconocido en el artículo 106.2 CE.

Al respecto, si como consecuencia de los contratos realizados por los distintos operadores éstos habrían adquirido unos derechos que pueden considerarse como consolidados, asumidos e integrados en su patrimonio, o más bien nos hallamos ante derechos pendientes, futuros, condicionados, o ante meras expectativas. En otras palabras, si estamos ante relaciones consagradas, situaciones de hecho agotadas, producidas o desarrolladas, o ante unas que pueden considerarse como situaciones jurídicas actuales no concluidas. Es patente que la Disposición Transitoria Única de la Ley recurrida se aplica a los casos en los que existe un contrato en relación con derechos de emisión y retransmisión, contrato que, como dicen los recurrentes, se ha perfeccionado por el mero consentimiento (artículo 1258 del Código Civil: CC), pero que también es evidente que no se ha llegado a consumar, ejecutar o cumplir plenamente, dado que no se ha realizado el fin perseguido por aquél, que es la emisión del acontecimiento deportivo, de modo que no se ha cerrado lo que la doctrina ha denominado ciclo negocial o contractual. En estas condiciones bien puede decirse que nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley ya sabemos que es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que aconsejan la modificación del ordenamiento jurídico, y en la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica. De la lectura de la Disposición Transitoria recurrida se deduce que estos requisitos han sido cumplidos en este caso, pues se diseña todo un mecanismo para conseguir la realización de las correspondientes modificaciones contractuales en el que, por otro lado, se es respetuoso con la voluntad de las partes. En el resto de la ley –fundamentalmente en su Exposición de Motivos– se dan razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista del constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos. De todo lo anterior se deduce que la Disposición Transitoria Única de la ley recurrida no es contraria a la regla de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contenida en el artículo 9.3 CE.

Por último, cualquier expropiación que pudiese llevarse a cabo por parte de la Administración, sea cual fuera su base normativa, no podría verse excluida de las garantías establecidas en el artículo 33.3 CE. Por lo que respecta a la norma recurrida, no es posible para el TC determinar si la Ley cuestionada implicó o no la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, tarea que, en su caso, compete a los Tribunales ordinarios. Lo que sí

corresponde al Tribunal es determinar la interpretación constitucional que corresponde hacer de la disposición cuestionada. Y dicha disposición sólo puede resultar acorde con el artículo 33 CE en la medida en que su aplicación no haya supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, que sólo es posible siguiendo las garantías clásicas del instituto expropiatorio, si es que efectivamente se produce un proceso de este tipo, que son la existencia de una *causa expropiandi*, la previsión de la correspondiente indemnización a favor de los expropiados, y el seguimiento de un procedimiento expropiatorio. En un supuesto de este tipo no sería constitucional excluir tajantemente la compensación de perjuicios económicos pero la disposición recurrida, correctamente entendida, no supone un obstáculo para, en el caso de que exista una verdadera expropiación, la misma se ajuste a los parámetros a los que se acaba de hacer referencia.

Por lo que se refiere a la alegada colisión de la norma citada con el artículo 106.2 CE, hay que resaltar, por un lado que, de acuerdo con una consolidada y reiterada jurisprudencia, iniciada, al menos, en la STC 127/1987, de 16 de julio, FJ 3º, la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto este en que no cabe comprender la función del legislador (en el mismo sentido, SSTC 134/1987, de 21 de julio, FJ 9º, 70/1988, de 19 de abril, FJ 3º, y 65/1990, 66/1990 y 67/1990, de 5 de abril, en todas ellas en el FJ 7º). Parece, por tanto, que las Cortes Generales pueden acordar, en todo caso, la exclusión de la responsabilidad del legislador en la compensación de los perjuicios causados por la aplicación de la Ley 21/1997, como hace en la Disposición Transitoria Única sometida a nuestro examen, sin que a ello se oponga la regla prevista en el artículo 106.2 CE, porque este precepto no se refiere en ningún caso a las normas con rango de ley, sin que quepa deducir del mismo la inconstitucionalidad de unas actividades que no pueden considerarse comprendidas en la categoría de "funcionamiento de los servicios públicos" (último inciso del citado artículo), categoría que se refiere, examinado el contexto en el que se formula, a los servicios administrativos, quedando excluido, con toda evidencia, el Parlamento mientras ejerza la potestad legislativa. Sin embargo, una fórmula de exclusión total de la responsabilidad del Estado suscitaría dudas sobre su constitucionalidad, puesto que no es solamente el legislador quien puede realizar actividades susceptibles de generar esa responsabilidad. Dichas actividades, cuando las llevan a cabo órganos administrativos sí que están claramente sometidas a la regla del artículo 106.2 CE, no siendo posible, en una ley, excluir radicalmente la posibilidad de que se produzcan lesiones indemnizables como consecuencia del funcionamiento de algún servicio público.

Dicho esto y conocidas las previsiones de la Ley –la incluida en el inciso final del párrafo primero de la Disposición Transitoria Única– excluye solamente la indemnización a cargo del Estado de las pérdidas resultantes de la adecuación de las relaciones contractuales al nuevo marco normativo establecido por la Ley 21/1997, sin incorporar una cláusula general de exención de responsabilidad por las actuaciones que puedan realizar las Administraciones públicas al amparo de la referida Ley. Por todo ello, cabe concluir que este inciso del párrafo primero de la Disposición Transitoria Única no puede excluir de manera absoluta la existencia de posibles responsabilidades de la Administración en el ejercicio

de sus funciones, en el bien entendido que ninguna de este tipo podría derivarse de unas recomendaciones para la renegociación de contratos que pueda formular el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Discrecionalidad técnica de la Comisión de Expertos prevista para la homologación de títulos

La **STS de 4 de enero de 2006,** Ar. 88, ratifica la denegación de una solicitud de homologación de estudios cursados en Francia por el título español de Profesora Superior de Violín por entender que el informe negativo emitido por la Comisión de Expertos prevista en la OM de 14 de marzo de 1988 –"órgano caracterizado por la cualificación y la imparcialidad de sus componentes"– debe ostentar un singular valor mientras no se demuestre su inequívoco error.

B) Universitaria

a) Legalidad del Estatuto del Becario de Investigación

La **STS de 18 de noviembre de 2005,** Ar. 7761, rechaza una impugnación directa contra el Real Decreto 1326/203, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación, ratificando así lo ya dicho en la anterior STS de 28 de junio de 2005, Ar. 5106 (de la que nos hicimos eco en la anterior crónica).

b) La libertad de cátedra no se lesiona por el cambio de asignación de materias a áreas de conocimiento

La **STS de 30 de diciembre de 2005,** Ar. 345 de 2006, presenta diversas cuestiones de interés (como son, especialmente, las relativas al sistema de impugnación indirecta de disposiciones generales), pero aquí sólo procede mencionar algunas consideraciones relacionadas con la libertad de cátedra y la docencia. Así, tras recordar la interpretación del Tribunal Constitucional al respecto, señala que "aun en la Universidad, la libertad de cátedra dice relación a la materia objeto de enseñanza y ésta tiene que ver con el puesto que corresponde a cada profesor en el contexto de la organización de esa enseñanza. Es decir, en el marco del Plan de Estudios propio de cada titulación que las Universidades, en el ejercicio de su autonomía, aprueban dentro de las directrices establecidas por el Gobierno, y según las decisiones de los departamentos, que son los órganos universitarios competentes al efecto, sobre la distribución de la docencia. De ahí que no suponga la capacidad del profesor para autorregular su función docente al margen de la organización del centro universitario al que pertenece. Por otro lado, ni la LRU ni la LOU han contemplado el acceso a los cuerpos docentes universitarios en cuanto profesor de una

asignatura o materia. El ingreso a ellos, tras los correspondientes concursos, tiene lugar en virtud de nombramiento como profesor titular o catedrático –de Escuela Universitaria o de Universidad– de un área de conocimiento determinada (...). Es decir, de uno de los 'campos del saber' caracterizados por la homogeneidad de su objeto de conocimiento, una común tradición histórica y la existencia de comunidades de investigadores, nacionales o internacionales, que es como la define el artículo 71 de la LOU recogiendo la noción establecida, bajo la LRU, por el artículo 2.2 del Real Decreto 1888/1984". Añadiendo, un poco más adelante, que "la distribución de materias en áreas de conocimiento corresponde decidirla al Gobierno al fijar las directrices generales a las que han de sujetarse los planes de estudios (artículos 28 LRU y 34 de la LOU y 7.2.3ª y 8 del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, por el que se establecen las directrices generales comunes de los planes de estudios de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional). Operación que puede implicar la variación de alguna de las asignaciones de materias de manera que se adscriban a áreas de conocimiento distintas de las inicialmente encargadas de ellas. Por otra parte, según el artículo 7.2.3ª del Real Decreto 1497/1987, la enseñanza de las materias troncales sólo pueden ejercerla los profesores de la correspondiente área de conocimiento. Pero esta circunstancia y aquellos cambios, no comportan lesión a la libertad de cátedra de los profesores de las áreas de conocimiento afectadas que siguen teniendo la posibilidad de enseñar las demás disciplinas propias de las mismas y, desde luego, hacerlo como consideren adecuado, así como de especializarse en el campo que deseen".

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo y de residencia

La **STS de 26 de julio de 2005,** Ar. 6618, ratifica una denegación de permiso de residencia y trabajo por haberse acreditado ya la cobertura del número máximo de autorizaciones fijadas para la provincia.

Sin embargo, la **STS de 18 de octubre de 2005**, Ar. 7342, ordena la tramitación del permiso solicitado por la vía específica de oferta nominativa de empleo a favor de ciudadano extranjero en España (independientemente de las tramitadas vía "contingente").

B) Denegación de entrada y expulsión

En primer lugar, vamos a hacer referencia en este apartado a dos sentencias del Tribunal de Luxemburgo (esta vez dictadas ambas en recursos por incumplimiento y no en cuestiones prejudiciales interpretativas, como suele ser lo usual) en las que se recoge detallada y actualizada la doctrina de este Tribunal al respecto. Así, en la **STJCE de 23 de marzo de 2006**, As. *Comisión c. Bélgica*, C-408/03, podemos leer lo siguiente:

> "34. El derecho a residir en el territorio de los Estados miembros, previsto en el artículo

18 CE, apartado 1, está reconocido directamente a todo ciudadano de la Unión por una disposición clara y precisa del Tratado CE, con sujeción a las limitaciones y requisitos previstos en éste y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (véase la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartados 84 y 85).

35. A efectos del presente asunto, esas limitaciones y requisitos derivan de la Directiva 90/364.

36. Se desprende del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, de esta Directiva que los Estados miembros pueden exigir a los nacionales de otro Estado miembro que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio, que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social de ese Estado.

37. Esos requisitos, interpretados a la luz del cuarto considerando de dicha Directiva, según el cual los beneficiarios del derecho de residencia no deben constituir una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida, se basan en la idea de que el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros (sentencia Baumbast y R, antes citada, apartado 90).

(...)

51. De todas estas consideraciones se desprende que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del citado artículo 18 CE y de la referida Directiva, al excluir en la aplicación de dicha Directiva al nacional de un Estado miembro que desea disfrutar de los derechos que derivan de ésta y del artículo 18 CE, los ingresos de una persona que es su pareja, residente en el Estado miembro de acogida, a falta de un contrato celebrado ante notario en el que se incluya una cláusula de alimentos.

(...)

62. El derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a permanecer en él a los fines previstos por el Tratado constituye un derecho directamente atribuido por éste o, según los casos, por las disposiciones adoptadas para la aplicación del referido Tratado (véase la Sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, apartado 31).

63. La expedición de una autorización de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario (Sentencias Royer, antes citada, apartado 33, y de 25 de julio de 2002, MRAX, C-459/99, Rec. p. I-6591, apartado 74).

64. No obstante, como el derecho de residencia reconocido en virtud del artículo 18 CE no es incondicional, los ciudadanos de la Unión deben demostrar que reúnen los requisitos exigidos a este respecto por las disposiciones comunitarias pertinentes.

65. Los requisitos para la expedición de la autorización de residencia se rigen, en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, por la Directiva 68/360; en lo que atañe a los trabajadores por cuenta propia, por la Directiva 73/148; en lo que respecta a los estudiantes, por la Directiva 93/96; en lo que afecta a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, por la Directiva 90/365, y en lo que concierne a los nacionales comunitarios que no disfruten de derecho de residencia, en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, por la Directiva 90/364.

66. El Estado miembro de acogida solamente puede adoptar una medida de expulsión, respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario, en el caso de que el nacional de un Estado miembro no pueda probar que reúne esos requisitos (véase, en este sentido, la Sentencia de 17 de febrero de 2005, Oulane, C-215/03, Rec. p. I-1215, apartado 55).

67. Pues bien, mediante su segundo motivo de recurso, la Comisión reprocha a la legislación belga que la falta de presentación dentro de un plazo determinado, por parte del nacional de un Estado miembro, de los documentos justificativos necesarios para la expedición del permiso de residencia entrañe automáticamente la notificación de una orden de expulsión.

68. Tal medida de expulsión automática menoscaba la esencia misma del derecho de residencia que confiere directamente el Derecho comunitario. Si bien un Estado miembro puede, en su caso, adoptar una medida de expulsión en el caso de que un nacional de un Estado miembro no esté en condiciones de aportar, en un determinado plazo, los documentos que demuestran que reúne los requisitos económicos exigidos, el carácter automático de la medida de expulsión, tal como está prevista en la legislación belga, hace que resulte desproporcionada.

69. En efecto, a causa del automatismo de la orden de expulsión, esta legislación no permite que se tengan en cuenta las razones por las cuales el interesado no efectuó los trámites administrativos necesarios y su posible aptitud para demostrar que reúne los requisitos a los que el Derecho comunitario supedita su derecho de residencia.

70. A este respecto, es irrelevante el hecho de que, en la práctica, no se lleve a cabo la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión. La legislación belga, en particular los artículos 45, 51 y 53 del Real Decreto, establece los plazos al término de los cuales estas órdenes se convierten en ejecutorias. En todo caso, el supuesto carácter relativo de las órdenes de expulsión no impide en absoluto que estas medidas sean desproporcionadas con respecto a la gravedad de la infracción y que puedan disuadir a los ciudadanos de la Unión de ejercer su derecho a la libre circulación."

También la **STJCE de 27 de abril de 2006**, As. *Comisión c. Alemania*, C-441/02, contiene un amplio despliegue argumental sobre las condiciones exigibles para la válida expulsión de ciudadanos europeos desde otro Estado miembro:

> "32. Tal como recordó el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, Rec. p. I-0000, apartado 43), el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Entre las limitaciones previstas o autorizadas por el Derecho comunitario, el artículo 2 de la Directiva 64/221 permite a los Estados miembros prohibir a nacionales de otros Estados miembros la entrada en su territorio por razones de orden público o de seguridad pública.
>
> 33. No obstante, el legislador comunitario ha definido límites estrictos a la posibilidad de que un Estado miembro invoque tales razones. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221 indica que las medidas de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen y, en virtud del apartado 2 de dicho artículo, la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. De este modo, la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 24, y Comisión/España, antes citada, apartado 44).
>
> 34. Por su parte, el Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de personas, que debe entenderse en sentido estricto y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (Sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; Calfa, antes citada, apartado 23; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartados 64 y 65, y Comisión/España, antes citada, apartado 45).
>
> 35. Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias, antes citadas, Rutili, apartado 28; Bouchereau, apartado 35; Orfanopoulos y Oliveri, apartado 66 y Comisión/España, apartado 46).
>
> (...)
>
> 70. Tal como se recordó en el apartado 35 de la presente sentencia, según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que implica toda

infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

71. El artículo 12, apartado 1, primera frase, de la Aufenthaltsgesetz/EWG dispone que los nacionales de otros Estados miembros que disfrutan de la libertad de circulación al amparo del Derecho comunitario sólo pueden ser objeto de una medida de expulsión por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas y menciona, entre paréntesis, los artículos 48, apartado 3, del Tratado y 56, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, apartado 1, tras su modificación). La segunda frase del mismo apartado establece que la expulsión de los extranjeros que posean un 'permiso de residencia comunitario por tiempo indefinido' sólo podrá acordarse por razones 'graves' de seguridad o de orden públicos.

72. Si bien puede considerarse que la remisión al Derecho comunitario primario que efectúa el artículo 12, apartado 1, primera frase, de la Aufenthaltsgesetz/EWG, indica de modo suficiente que la interpretación que se dé al concepto de orden público debe ser conforme con la que se da a este mismo concepto en los mencionados artículos del Tratado, tal como lo aplicó la Directiva 64/221 y lo precisó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no es menos cierto que la segunda frase de dicha disposición nacional, al añadir que, en el caso de nacionales comunitarios que poseen un permiso de residencia por tiempo indefinido, sólo puede justificarse una expulsión por motivos 'graves' de orden público, siembra la duda en cuanto a la correcta toma en consideración de las exigencias del Derecho comunitario en relación con los nacionales comunitarios que poseen un permiso de residencia temporal.

73. Así pues, según una jurisprudencia reiterada, las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con ineludible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica (véanse, en particular, las Sentencias de 17 de mayo de 2001, Comisión/Italia, C-159/99, Rec. p. I-4007, apartado 32, y de 27 de febrero de 2003, Comisión/Bélgica, C-415/01, Rec. p. I-2081, apartado 21).

74. Por tanto, el artículo 12, apartado 1, de la Aufenthaltsgesetz/EWG no adapta con suficiente claridad, en relación con los nacionales de los Estados miembros que poseen un permiso de residencia temporal, las exigencias que se derivan de la jurisprudencia aludida en el apartado 70 de la presente sentencia, en virtud de la cual una medida de expulsión sólo se justifica en caso de amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

75. Las disposiciones administrativas generales relativas a la Ausländergesetz, que invoca el Gobierno alemán en apoyo de su argumentación de que la normativa nacional satisface la exigencia de seguridad jurídica, no ponen en entredicho la anterior afirmación.

76. A este respecto, basta recordar que el principio de seguridad jurídica exige que se dé una publicidad adecuada a las medidas nacionales adoptadas en aplicación de una nor-

mativa comunitaria, de forma que los sujetos de Derecho afectados por dichas medidas puedan conocer el alcance de sus derechos y obligaciones en el ámbito específico regulado por el Derecho comunitario (véase, en particular, la Sentencia de 27 de febrero de 2003, Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 21). Ahora bien, éste no es el caso de las mencionadas disposiciones administrativas, de las que queda acreditado que tienen carácter interno y se dirigen a la Administración para asegurar una actuación uniforme de ésta en relación con cuestiones concretas.

(...)

93. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario se opone a la expulsión de un nacional de un Estado miembro basada en motivos de prevención general, es decir, que haya sido decretada con la finalidad de disuadir a otros extranjeros (véanse, en particular, las Sentencias de 26 de febrero de 1975, Bonsignore, 67/74, Rec. p. 297, apartado 7, y Nazli, antes citada, apartado 59), en particular cuando dicha medida se haya dictado automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público (sentencia Calfa, antes citada, apartado 27).

94. Tal como se ha señalado en los apartados 39 a 43 de la presente sentencia, la Aufenthaltsgesetz/EWG, Ley especial en relación con la Ausländergesetz, prevalece sobre las disposiciones de esta última en las situaciones que específicamente regula.

95. Ahora bien, de conformidad con el artículo 12, apartado 3, primera frase, de la Aufenthaltsgesetz/EWG, sólo pueden adoptarse medidas de expulsión de nacionales comunitarios que disfrutan de la libertad de circulación al amparo del Derecho comunitario cuando el comportamiento personal del interesado lo justifica. De esto se sigue que queda prohibida toda expulsión basada en motivos de prevención general en relación con estas categorías de personas.

(...)

109. En este contexto, en el marco del Derecho comunitario se ha reconocido la importancia de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales comunitarios con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Es especialmente evidente que excluir a una persona del país en que viven sus parientes cercanos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se encuentra protegido en el artículo 8 del CEDH, que forma parte de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véase, en particular, la Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada, apartado 98). Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté 'prevista por la ley', resulte motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, 'en una sociedad democrática' sea necesaria, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida

(véase, en particular, TEDH, Sentencia Boultif c. Suiza de 2 de agosto de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39, 41 y 46, y Sentencia Carpenter, antes citada, apartado 42).

(...)

121. Debe recordarse que las disposiciones del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221 tienen por objeto asegurar una garantía de procedimiento mínima a las personas contra quienes se adopta una medida de expulsión del territorio. Este artículo, que se aplica en tres supuestos, a saber, cuando no exista la posibilidad de recurso judicial, cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión o cuando carezca de efectos suspensivos, prevé la intervención de una autoridad distinta de la competente para adoptar la decisión. Salvo en caso de urgencia, la autoridad administrativa únicamente podrá adoptar su resolución tras el dictamen emitido por la otra autoridad competente (véase, en particular, la Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada, apartado 105)."

Sobre otro aspecto muy distinto, tenemos que hacer mención en este apartado a la **STS de 11 de mayo de 2005**, Ar. 6841, que resuelve un recurso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999, en la que se fijan las *Normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros*. Para resolver esta impugnación, el Tribunal Supremo tendrá que tener en cuenta inexorablemente lo dicho (en su STS de 20 de marzo de 2003, Ar. 2422, de la que dimos cuenta en la crónica del número 22), con respecto al RD 864/2001, de ejecución de la Ley (que es la norma reglamentaria de la que trae causa esta Orden Ministerial que ahora se impugna), de tal manera que la anulación de algunos preceptos entonces decretada arrastra ahora la de alguno de los de esta Orden; y, además, declarará también la nulidad del artículo 33.5 de la OM por cuanto que la restricción que supone la presentación de todas las peticiones y quejas ante el Director del Centro (para que éste las remita en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas a la autoridad u órgano a quien vayan dirigidos) entiende el Tribunal Supremo que cercena la libertad del interno de dirigirse directamente a la autoridad a la que vaya dirigida su petición, queja o recurso.

Como en anteriores crónicas, un numeroso grupo de sentencias anula denegaciones de *entrada en territorio nacional* basadas en sospechas sin confirmar (fundamentalmente, la inexistencia de reserva hotelera) sobre la no veracidad de hacer turismo como objeto de su llegada a España (**SSTS de 8, 16 y 23 de septiembre, 11 y 14 de octubre, 4, 10, 25 y 30 de noviembre y 22 de diciembre de 2005**, Ar. 7001, 7054, 7056, 7149, 7150, 7551, 7589, 7414, 7569, 7570, 7571, 7574, 7722, 7817, 7835 y 340 de 2006). En algún otro caso, además de la anulación de la denegación se ha reconocido no sólo el derecho del recurrente a franquear la frontera sino también a ser indemnizado por el billete de avión (**SSTS de 28 de octubre de 2005**, Ar. 7945 y **de 12 de enero de 2006**, Ar. 29). Otras sentencias, sin embargo, han ratificado la legalidad de las resoluciones denegatorias de la entrada por no justificarse los medios económicos suficientes (**SSTS de 22 de julio, 18, 25 y 30 de noviembre, 9 y 22 de diciembre de 2005**, Ar. 6614, 7807, 7816, 78 de 2006, 66 de 2006 y 338 de 2006).

Por otro lado, la **STS de 10 de noviembre de 2005**, Ar. 7801, al haberse denegado la realización de prueba (con respecto a un elemento formal: la suplencia del órgano competente para dictar la denegación de entrada), ordena la retroacción del proceso contencioso-administrativo. De igual manera resuelve la **STS de 12 de enero de 2006**, Ar. 27, por haberse producido indefensión al no haberse dado audiencia sobre el "Informe-Propuesta" (de denegación de entrada) cuando éste contenía datos nuevos que podían haber sido combatidos por el interesado.

Un par de sentencias ratifican la legalidad de la denegación de entrada por carecer del visado exigible (**SSTS de 28 de octubre de 2005**, Ar. 7947 y 7957). Pero otras dos anulan sendas denegaciones basadas en el (reiteradamente declarado ilegal) motivo de que el matrimonio no fuese anterior en tres años a la solicitud de entrada (**SSTS de 12 de enero de 2006**, Ar. 20 y 21).

Otro grupo de sentencias anula *órdenes de expulsión* de extranjeros basadas en hechos constitutivos de posibles infracciones penales sobre las que no había recaído aún sentencia definitiva, razón por la que el respeto al principio *non bis in idem* exigía haber paralizado el procedimiento administrativo de expulsión (**SSTS de 26 de mayo, 21 de junio, 28 de julio y 4 de noviembre de 2005**, Ar. 6389, 6423, 6459, 6460, 6462, 6469, 6470, 6474, 6475, 6620, 6621, 7568).

Otras dos sentencias establecen la improcedencia de sendas órdenes de expulsión por no haberse justificado la procedencia de tal medida, en lugar de una multa (**SSTS de 27 de enero de 2006**, Ar. 350 y 354).

Por su parte, la **STS de 4 de noviembre de 2005**, Ar. 7571, ratifica la denegación de la suspensión de una orden de expulsión al no acreditarse otros perjuicios distintos (económicos o familiares) de los derivados de la propia medida de expulsión.

Hay un aspecto sobre el que se ha producido un cambio jurisprudencial en el período al que se corresponde esta crónica: ahora el Tribunal Supremo considera que es impugnable (antes se consideraba un mero acto de trámite *stricto sensu*) la propuesta realizada por la Administración al Juez de Instrucción para que disponga el ingreso en un centro de internamiento de un extranjero, en tanto se sustancia el procedimiento de expulsión, todo ello atendiendo a la gravedad del acto (que afecta a la situación personal del interesado), sobre el que también ha de permitirse el control judicial (**SSTS de 28 de octubre de 2005**, Ar. 7954 y 7959).

C) Extradición

En este ámbito tenemos varios pronunciamientos interesantes del Tribunal Constitucional. De la **STC 30/2006, de 30 de enero**, podemos destacar dos aspectos. Por un lado, reitera que la infracción del principio de legalidad extradicional consagrado en el artículo 13.3 CE no se integra en el artículo 25.1 CE, puesto que este último se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales. Por otro

lado, también reitera que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones mencionadas por el artículo 13.3 CE: Tratado o Ley, atendiendo al principio de reciprocidad.

En las **SSTC 49/2006, de 13 de febrero, y 82/2006, de 13 de marzo**, también se reseñan aspectos importantes a observar en todo proceso extraditorio. Así, recordando jurisprudencia anterior, dirá que "el procedimiento de extradición exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, dispone, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado". Asimismo, los órganos judiciales "al conocer del procedimiento de extradición, han de valorar las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a su consideración, tomando en cuenta la relevancia de los derechos e intereses que se consideren lesionados o en riesgo de lesión, las consecuencias que pueden derivarse de la entrega al Estado requirente en relación con la imposibilidad de reparación de los perjuicios, la argumentación desplegada por el sometido al procedimiento y los elementos probatorios en la que intenta sostenerla y, en relación con esto último, la dificultad probatoria que para el mismo puede derivarse, precisamente, de encontrarse en un Estado distinto de aquél en el que supuestamente se cometieron o podrían cometerse las vulneraciones". Finalmente, "cuando el reclamado sostiene la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de que el órgano judicial pueda o deba denegar la entrega al Estado requirente, y desarrolla al efecto una actividad probatoria mínimamente diligente, de la que pueda extraerse razonablemente la existencia de motivos o indicios para creer que, efectivamente, tales circunstancias pudieron acontecer, el órgano judicial debe desarrollar una actividad encaminada a obtener los datos precisos para dotar adecuadamente su decisión que, por lo demás, no podrá fundarse sin más en la inexistencia de una prueba plena y cumplida sobre las apuntadas circunstancias alegadas por el reclamado, sino que tendrá que ponderar y valorar todos los factores y aspectos concurrentes para determinar si, a la vista de los mismos, debe accederse o no a la extradición". Ahora bien, al contenido absoluto de los derechos fundamentales, que "comporta necesariamente una proyección *ad extra*, no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que en el plano interno, todas ellas vinculan inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar la proyección universal; pero en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia".

Desde otra perspectiva, la **STC 81/2006, de 13 de marzo**, considerará lesionado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) por habérsele impuesto Abogado de oficio al sometido a un proceso de extradición.

Por su parte, la **STS de 20 de septiembre de 2005**, Ar. 7502, considera que con la decisión gubernamental de conceder (o no) una extradición pasiva se "ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva"; razón por la cual estimará el recurso contencioso-administrativo, anulando el Acuerdo del Consejo de Ministros (adoptado por el Gobierno en funciones).

D) Asilo y condición de refugiado

Siguen dictándose numerosísimas sentencias sobre este aspecto. Buena parte de ellas se limitan a ratificar las decisiones administrativas de inadmisión a trámite de otras tantas solicitudes de asilo., (**SSTS de 27 y 31 de mayo, 21 de junio, 22 de julio, 8, 16, 23 y 30 de septiembre, 6, 14, 20 y 28 de octubre, 4, 10, 25 y 30 de noviembre, 22 de diciembre 2005 y 12, 26 y 27 de enero de 2006**, Ar. 6387, 6385, 6461, 6463, 6466, 6471, 6472, 6612, 6615, 6688, 6689, 6690, 6696, 7055, 7550, 7272, 6980, 6981, 7005, 7008, 7009, 7134, 7881, 7885, 7123, 7125, 7158, 7159, 7161, 7948, 7949, 7950, 7952, 7953, 7956, 7958, 7960, 7961, 7561, 7374, 7376, 7379, 7723, 7802, 7737, 7814, 7668, 7669, 7670, 341 de 2006, 342 de 2006, 343 de 2006, 1, 22, 26, 30, 349, 351 y 352). Sin embargo, quizá merezca destacarse, de entre ellas, la **STS de 25 de noviembre de 2005**, Ar. 7811, porque en este caso la inadmisión se produjo debido a que otro país (Alemania) ya le había concedido un visado y se había hecho cargo de la tramitación de su solicitud de asilo.

Otras, sin embargo, consideran incorrecta tal inadmisión a trámite y, anulándola, ordenan proseguir el procedimiento hasta la decisión de fondo que proceda sobre el otorgamiento (o no) del asilo solicitado (**SSTS de 21 y 23 de junio, 22 y 28 de julio, 6, 8, 9, 16 y 30 de septiembre, 6, 14, 20 y 28 de octubre, 4, 10, 25 y 30 de noviembre, 9 y 22 de diciembre de 2005 12 y 27 de enero de 2006**, Ar. 6465, 6455, 6613, 6659, 6698, 6964, 6697, 6965, 6999, 7000, 7051, 7057, 7305, 6979, 6982, 7007, 7135, 7884, 7415, 7138, 7160, 7122, 7955, 7559, 7560, 7426, 7377, 7375, 7800, 7429, 7812, 7815, 7740, 7834, 64 de 2006, 64 de 2006, 67 de 2006, 68 de 2006, 337 de 2006, 23, 25, 28, 31 y 355).

Otros pronunciamientos, por su parte, han ratificado la denegación del asilo (**SSTS de 27 de mayo, 22 y 23 de junio, 28 de julio, 6, 20 y 28 de octubre, 10, 23 y 30 de noviembre, 9 y 22 de diciembre de 2005**, Ar. 6386, 6537, 6456, 6660, 7006, 7124, 7951, 7771, 7773, 7754, 7667, 69 de 2006 y 339 de 2006).

La **STS de 4 de noviembre de 2005**, Ar. 7378, reconoce la corrección de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, pero también reconoce que debía haberse analizado si concurrían *razones humanitarias* que permitiesen autorizar la permanencia en España, como era el caso enjuiciado (matrimonio de avanzada edad, que procede de una zona sometida a graves conflictos, cuyo hijo reside en España y cuya hija ha sido autorizada a permanecer en España por razones humanitarias).

Finalmente, la **STS de 21 de junio de 2005**, Ar. 6464, concede el asilo a un solicitante ucraniano, al parecer perseguido por bandas mafiosas posiblemente relacionadas con el Estado.

E) Nacionalidad

Tenemos en este período algunas sentencias relativas a solicitudes de nacionalidad, que interpretan y aplican los requisitos establecidos en el Código Civil. Así, respecto al tan decisivo de la *buena conducta cívica*, la **STS de 28 de septiembre de 2005**, Ar. 8724, anulará una denegación basándose en que "está suficientemente probado que si bien el recurrente cometió en 1990 dos hechos delictivos por los que fue condenado, a partir de ese mismo año, su conducta carece de reproche alguno, y, por el contrario, muestra un comportamiento que es el que exige la sociedad como representativo de un ciudadano estándar en tanto que posee una vida familiar estable, tiene un trabajo con el que atiende las necesidades familiares, goza de un domicilio familiar conocido, paga sus impuestos y tiene buena fama cívica y religiosa en su entorno (...). Es decir, desde hace más de quince años al hoy recurrente no cabe hacerle reproche alguno, en lo que hace a su conducta social y cívica y por tanto está suficientemente justificada una rehabilitación total del mismo, no pudiendo constituir sus errores de un pasado lejano en el tiempo estigma insubsanable cuando se ha acreditado en la forma en que acontece en el caso de autos como absoluta su integración cívica y social y una conducta acorde a esa integración durante tan largo período de tiempo".

También la **STS de 14 de diciembre de 2005**, Ar. 7782, otorgará la nacionalidad porque la única objeción opuesta por la Administración consistía en una denuncia que careció de toda relevancia penal al no haber sido ratificada por el denunciante, por lo que carece también de relevancia social concreta.

Por su parte, la **STS de 18 de enero de 2006**, Ar. 9, hace lo propio, tras afirmar que el concepto de buena conducta debe ser valorado mediante el examen del conjunto de la trayectoria personal del solicitante, al que el incumbe la carga de probarla. Como en el caso concreto el solicitante no tenía antecedentes penales y únicamente tenía un antecedente policial de 1994 por una detención por tráfico de drogas que determinó la apertura de un procedimiento judicial que fue sobreseído en relación al interesado (al no apreciarse ninguna responsabilidad penal, por no haber quedado acreditada su participación en hecho delictivo alguno), concederá la nacionalidad.

Con respecto a las *razones de orden público o interés nacional* que pueden justificar la denegación de la nacionalidad (*ex* artículo 21.2 CC), la **STS de 17 de enero de 2006**, Ar. 92, siguiendo jurisprudencia consolidada, niega que pueda basarse tal denegación en un informe reservado del CESID, del que la Administración no concrete en qué consistía ni el "círculo de relaciones" ni las "actividades" de la peticionaria, cosa que le impedía fundar su recurso. El Tribunal Supremo dirá a modo conclusivo: "En definitiva, no resulta fundada y justificada una resolución denegatoria como la que es objeto de este proceso, que ha de ser razonada, según el artículo 21.2 CC, invocando informes que no constan en su contenido y no pueden valorarse por el interesado ni ser objeto del correspondiente control judicial, impidiendo la tutuela judicial que garantiza con carácter general el artículo 24 de la Constitución".

Finalmente, con respecto al cumplimiento del *plazo exigido*, la **STS de 24 de enero de 2006**, Ar. 2, interpretará que debe tenerse por cumplido a pesar de que, durante breves intervalos de tiempo, no pudiera probarse la existencia de residencia legal, precisamente por solicitudes de un nuevo permiso de residencia posteriormente otorgado (y al que la normativa anuda efectos retroactivos desde la caducidad del permiso anterior).

5. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) Exigencia de una edad, altura y constitución física determinada para acceder al Cuerpo de inspectores de los Mossos d'Esquadra

La **STS de 31 de enero de 2006,** Ar. 502, examina el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña, contra una sentencia que en primera instancia había estimado en parte un recurso de la Unión de Policías de Cataluña. En concreto en origen se recurre contra una resolución que ordenaba las pruebas para acceder al Cuerpo de inspectores de la Policía Autónoma de Cataluña. Al efecto la Sentencia del TSJ declara la nulidad de pleno derecho de las bases 2.1.c) y 2.1.e) y del anexo 3.I.a) de la convocatoria por ser discriminatorias por razón de edad y de condición física. Asimismo anula el anexo 3.II por no ser conforme a derecho.

Por su parte, el Tribunal Supremo razona recordando que incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de esas razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad. Partiendo de tal premisa comparte el razonamiento de la sentencia recurrida de que, por no existir suficiente justificación, debe considerarse inválido ese límite máximo de edad establecido en la convocatoria (40 años). En cuanto al límite mínimo de edad (21 años), ratifica lo que razona la sentencia recurrida de que no se justifica suficientemente la sustitución del límite de la mayoría de edad, porque, si se busca una cierta experiencia, para la evaluación de este factor ya existe en el proceso selectivo la fase de concurso. Igualmente confirma la nulidad de lo que en el Anexo 3.II se establece sobre las pruebas físicas, puesto en relación con lo que en la convocatoria se dice sobre su calificación (apto o no apto), revela que no es una prueba

competitiva; y coincide con el peligro que la sentencia recurrida pretende ahuyentar, es decir, que, en los términos como está redactada la convocatoria, se deje en manos del Tribunal de selección la facultad de decidir su resultado sin un claro criterio objetivo que condicione su actuación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo corrige la doctrina del TSJ en lo que concierne a la nulidad de las exigencias de constitución física. Al efecto se razona en la sentencia recurrida –tras la lectura de los artículos 18 y 19 de la Ley 10/1994 de Policía de Cataluña– que las funciones atribuidas a los Inspectores, por ser técnicas, de gestión y mando, no justifican la constitución física que es exigible a quienes realizan tareas operativas. Por el contrario, el Tribunal Supremo distingue en tales preceptos dos niveles diferentes en la genérica función de mando, pues tal función es asignada tanto a la Escala Superior como a la Escala Ejecutiva (en la que se integran los inspectores). Y concluye que es distinto el alcance de cada uno de esos dos niveles de mando, si se toma en consideración que, en lo que se refiere a esta segunda Escala ejecutiva, la concreta función de mando que se le atribuye es referida directamente a la "actividad policial", claramente expresiva de la faceta material o de realización práctica de los servicios policiales.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

De la **STS de 9 de noviembre de 2005,** Ar. 7531, nos interesa en este apartado no tanto el aspecto indemnizatorio que en el recurso se ventilaba sino algunas consideraciones sobre el requisito del consentimiento informado. Así, recordando pronunciamientos anteriores, el Tribunal Supremo afirma que su ausencia constituye en sí una mala *praxis* (aunque ello no dé lugar, *per se*, a una indemnización: SSTS de 26 de febrero de 2004, Ar. 3889 y 14 de octubre de 2002, Ar. 359 de 2003); pero, sobre todo, que el consentimiento es elemento clave parar el ejercicio del derecho de autodeterminación del paciente, destacándose la importancia de formularios específicos (STS de 4 de abril de 2000, Ar. 3258). A todo ello esta Sentencia añade que la inexistencia de consentimiento puede causar un daño manifiesto al privar a la persona interesada del derecho a decidir lo más conveniente de las posibles opciones que se le ofrecieran.

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Es competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa para conocer de acto de la Administración relativo a un contrato de donación con cláusula de reversión. b) Corresponde al orden social conocer de Acuerdo aprobatorio de Convenio Colectivo de personal laboral. B) Competencia de Tribunales Superiores de Justicia: sobre Resoluciones del Rector de la UNED por la que se nombre al Director de un Departamento. C) Sujetos: representación: se debe acreditar la representación o haber solicitado justicia gratuita. D) Objeto. a) Desaparece el objeto si se modifica el precepto que se recurre. b) La suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la Jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario. c) Actos políticos: no es posible someter a control judicial la inactividad del Gobierno que no integre una actuación por omisión. E) Procedimiento. a) Se incumple el deber de coherencia si la Administración mantiene en vía jurisdiccional una posición distinta a la sostenida en actuaciones anteriores idénticas. b) El uso de la previsión contenida en el artículo 33.2 LJCA enerva la imputación de incongruencia. c) Acumulación: si son órganos jurisdiccionales diferentes debe conocer el órgano de mayor jerarquía. d) Procede la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento personal si no se tiene conocimiento del proceso. e) Prueba. a') La falta de intervención en una prueba que carece de relevancia no produce indefensión. b') La aportación de documentos en la ratificación judicial de peritos es admisible *ex* artículo 56 LJCA. c') Las "tomas de datos" en los concursos no constituyen un medio probatorio. f) En fase de conclusiones se pueden aducir cuestiones nuevas. g) Medidas cautelares: la anotación preventiva de la demanda es una medida cautelar. h) Extensión de efectos. a') Debe darse una idéntica situación jurídi-

ca entre las situaciones resueltas en la sentencia y la del solicitante. b') No se produce la identidad de supuestos si el beneficiado por la sentencia cursó una solicitud en vía administrativa y el solicitante de la extensión no lo hizo. c') El artículo 110 LJCA debe conjugarse con el principio de que no es posible recurrir contra los actos consentidos por no haber sido recurridos. d') No procede la extensión de efectos cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende es contraria a la jurisprudencia. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión. a) La cuantía en el Impuesto de Bienes Inmuebles viene determinada por la cuota del tributo, no por el valor catastral. b) No son recurribles en casación las sentencias dictadas tras la modificación de 2003 de la LJCA en asuntos cuya competencia en primera instancia corresponde al Juzgado Central. c) La defectuosa preparación es aplicable sólo en las casaciones contra sentencias, no contra autos. B) Motivos: alcance y significado del motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA. C) Es posible realizar una integración de los hechos en el recurso de casación. **3. Casación en interés de ley.** A) No cabe cuando la doctrina no es susceptible de desplegar su virtualidad más allá de determinadas fechas.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 18 (octubre de 2005) hasta el número 28 (febrero de 2006) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la extensión de efectos de las sentencias.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Es competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa para conocer de acto de la Administración relativo a un contrato de donación con cláusula de reversión

La **STS de 11 de julio de 2005,** Ar. 5111, al pronunciarse sobre resolución del Director General de Patrimonio del Estado que denegó la reversión solicitada por los recurrentes en su condición de herederos y el contrato de donación celebrado entre un particular y el representante del Director General de la Guardia Civil por el que cede gratuitamente

un inmueble con la expresa condición de que sea destinado a Casa-Cuartel de la Guardia Civil, y a que en el caso de que el Estado deje de utilizar el inmueble para el expresado destino, revierta al donante o a sus herederos, nos recuerda la jurisprudencia que en la Sentencia de 1 de marzo de 2004, acogiendo, entre otros precedentes jurisprudenciales, las Sentencias de 28 de abril de 1993, 12 de junio de 2001, 23 de junio de 2003 y 20 de enero de 2004, 6236/1998, declara que los actos de la Administración que resuelven cuestiones referentes al presunto incumplimiento de condiciones y obligaciones civiles, que derivan de una cláusula modal inserta en un contrato de donación, al amparo del artículo 637 del Código Civil, como ocurre en el presente supuesto, tienen naturaleza administrativa y ha de considerarse que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuando la cesión de terrenos tiene por objeto un fin o interés público, como es la construcción de cuarteles o viviendas militares.

Este criterio jurídico coincide con el que refiere la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de abril de 1985, al declarar que "la doctrina científica y la Jurisprudencia prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común y atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta presentará naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, expresión esta entendida en la más amplia acepción posible para comprender cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo propio de sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres, cuya regla segunda comprende la actividad típica que el órgano administrativo desenvuelve en el ámbito de su competencia funcional, a lo que debe añadirse el principio de la autointegración del ordenamiento administrativo al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia Ley y los principios generales de aquél los que, con preferencia, han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la normativa iusprivatista".

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa viene determinada en virtud del artículo 3.a) de la LJCA de 1956, para conocer las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

No resulta adecuado dividir el conocimiento de la causa entre la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso-administrativa, según se trate de interpretar el significado de la cláusula modal incorporada al contrato de donación, que tiene por fin un interés público, o su efectividad, por suscitarse cuestión referente a la procedencia de la reversión y a la determinación de las personas legitimadas para la recepción del inmueble cedido, al extenderse la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo,

salvo las de carácter penal, según autoriza el artículo 4.1 de la LJCA de 1956, aplicable *ratione temporis*.

b) Corresponde al orden social conocer de Acuerdo aprobatorio de Convenio Colectivo de personal laboral

Cuando lo que se discute es la legalidad del contenido del convenio cuya negociación culminó con el acuerdo de la Administración, y no la legalidad formal de éste, ello implica, como señala la **STS de 27 de julio de 2005**, Ar. 6733, que el título de la pretensión corresponda a la rama social del derecho y no al Derecho Público Administrativo. En consecuencia procede la competencia del Orden Jurisdiccional Social, conclusión que no contradice el régimen de atribución jurisdiccional del artículo 9 de la LOPJ.

B) Competencia de Tribunales Superiores de Justicia: sobre Resoluciones del Rector de la UNED por la que se nombre al Director de un Departamento

La **STS de 9 de marzo de 2005,** Ar. 6749, nos recuerda, al hilo de un recurso contencioso-administrativo planteado en relación con el nombramiento del Director de un Departamento de la UNED, que las Universidades, sin perjuicio de la transferencia de competencias en favor de las Comunidades Autónomas, constituyen entidades públicas a las que corresponde la realización del servicio público de la educación superior, cuya autonomía, reconocida en la Constitución (artículo 27.1) dentro del marco del derecho fundamental a la educación y de libertad de enseñanza, no supone desvinculación total respecto de la Administración General del Estado o, en su caso, de la Administración Autonómica, puesto que su contenido era el que marcaba la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (artículo 3.2), que para nada la presupone, sino que, por el contrario, establecía los correspondientes vínculos de relación con aquélla (a través de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Educación y Cultura, y del Consejo de Universidades, cuyo Presidente era, precisamente, el Ministro del Ramo) (artículo 24).

Por consiguiente, no puede servir de criterio distintivo en la atribución competencial respecto de los actos de las Universidades, y, en concreto, de la UNED, la consideración de que tales entidades no forman parte de la Administración General del Estado, puesto que la autonomía universitaria se concreta en la elaboración de sus Estatutos, en la elección, designación y remoción de los órganos de gobierno y representación, en la elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes, etc., es decir, en el ejercicio de las competencias relacionadas, primeramente, en el artículo 3.2 de la Ley de Reforma Universitaria y, con posterioridad, en el artículo 2.2 de la Ley de Universidades de 2001, pero sin ninguna repercusión en la conceptuación de la Universidad como parte esencial de la Administración Educativa, sin perjuicio, como ocurre con otras personificaciones públicas –*vrg.*, la de los propios "organismos públicos" de la LOFAGE, artículo 42–, del reconocimiento legal de personalidad pública diferen-

ciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión, que no las separa de su participación, como especie, en la estructura general de la Administración del Estado.

De lo expuesto resulta que en el caso analizado por la Sentencia comentada se está ante unas resoluciones del Rector de la UNED por las que se nombra el Director de un Departamento de dicha Universidad. Se está, por tanto, ante actos adoptados en materia de personal por un órgano con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado e integrado en una entidad –la UNED– que tiene ámbito nacional y que hay que considerar incardinada en la Administración General del Estado. Procede, por tanto, y dado lo dispuesto en el artículo 9.c), en relación con el artículo 10.1.i), ambos de la LJCA, entender que la competencia cuestionada corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. También debe tenerse presente que conforme al artículo 13.a) de la indicada Ley, para aplicar las reglas de competencia contenidas en la misma, entre otros, hay que tener en cuenta el siguiente criterio: las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

C) Sujetos: representación: se debe acreditar la representación o haber solicitado justicia gratuita

El primer párrafo del 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".

En el caso analizado por el **ATS de 13 de junio de 2005,** Ar. 6805, 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. Sin embargo no consta en las actuaciones que se haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita al

recurrente, pese a haber sido requerido reiteradamente el referido letrado recurrente para acreditar tal extremo.

Por otro lado, 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.

D) Objeto

a) Desaparece el objeto si se modifica el precepto que se recurre

La **STS de 15 de junio de 2005,** Ar. 5032, ha señalado que cuando diversas reformas han afectado sustancialmente al Real Decreto que se impugna, el pronunciamiento sobre la regularidad del procedimiento administrativo que llevó a su aprobación carece ya de sentido, pues versaría sobre preceptos cuya redacción original ya no está vigente en una proporción sustancial. Es doctrina reiterada la pérdida de objeto de los procesos en los que se impugnan directamente disposiciones generales que en el momento de tener que efectuar el pronunciamiento judicial se encuentran ya derogadas (Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 2003, con cita de jurisprudencia anterior). Pues bien, tal es el caso presente, en el que los preceptos originales que serían los afectados por el vicio procedimental que se denuncia fueron sustituidos o modificados por otros posteriores a los que, con independencia de su contenido, no se les puede achacar semejante defecto puramente procedimental que constituye el fundamento del presente recurso.

b) La suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la Jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario

La supletoriedad procesal civil ha de jugar en su ámbito propio, esto es, en aquellos casos en que la Ley Jurisdiccional no regula una cuestión, pero tácitamente tampoco se oponga a ella por resultar la regla de supletoriedad incompatible con el régimen diseñado por la ley reguladora de la Jurisdicción.

El artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la prejudicialidad civil e integra una laguna legal existente en nuestro sistema, estableciendo ahora que "cuando para resolver sobre el objeto litigioso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial".

Como señala la **STS de 28 de junio de 2005,** Ar. 5561, el precepto, sin embargo, no puede aplicarse a las cuestiones administrativas, ante la regulación que al respecto establece la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Nos encontramos, por un lado, en efecto, con una concreta regulación sobre las cuestiones prejudiciales en el artículo 4 y, por otro, con otra que afecta al control jurisdiccional de los Reglamentos. En relación con el primer aspecto, el citado artículo 4 de la LJCA de 1998 establece "que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente". Por tanto, la regla general en esta materia es que al orden jurisdiccional administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto procesal principal.

La regla enunciada, sin embargo, sufre excepciones pues el conocimiento de las cuestiones prejudiciales no se extiende a las de carácter constitucional, penal y las reguladas en tratados internacionales. En estos casos, la normativa específica contempla la suspensión del curso de las actuaciones, mientras no sea resuelta por el órgano competente. La ley, en cambio, no se refiere para nada a las cuestiones de naturaleza administrativa, que tienen lugar cuando, previamente a la decisión sobre el fondo del asunto se necesita una determinación judicial acerca de un extremo de índole administrativa que condiciona tal decisión, por lo que no pueden calificarse como prejudiciales, en tanto que su resolución corresponde originariamente a los Jueces y Tribunales administrativos, sin que se dilucide extremo alguno que sea competencia de otro distinto orden jurisdiccional, razón por la que se engloban más bien en la categoría de cuestiones incidentales.

c) Actos políticos: no es posible someter a control judicial la inactividad del Gobierno que no integre una actuación por omisión

Resultan susceptibles de control jurisdiccional en este ámbito la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y los elementos reglados de los actos del Gobierno, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos y la clara regla de sometimiento a control jurisdiccional de los antes llamados (y excluidos) actos políticos, siempre que se trate de los enumerados en el artículo 2.a) de la LJCA.

La **STS de 30 de abril de 2005,** Ar. 4395, procede a determinar si la inactividad del Gobierno español es un acto susceptible de impugnación, al amparo del artículo 69.c) LJCA. Los criterios jurisprudenciales al proyectarse sobre la cuestión examinada, pueden concretarse en los siguientes puntos:

a) El reconocimiento de un núcleo de la actividad política del Gobierno, que es susceptible de fiscalización jurisdiccional en los elementos definidos legislativamente que tengan carácter reglado, siempre que el contenido objetivo del Acuerdo recurrido –aquí

inexistente– integre un concepto judicialmente asequible, lo que no sucede en este caso. b) Cuando la pretensión denuncia la "inactividad" no basta con ostentar un mero interés legítimo, sino que es necesario la existencia de una posición jurídica más reforzada, derivada del incumplimiento de una prestación concreta de la Administración, que en este caso no tiene lugar. c) El artículo 2.a) de la LJCA no excluye del control jurisdiccional cualquiera que sea su naturaleza, de los elementos reglados del acto y el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno 50/1997 no excluye el control de los actos del Gobierno, pero aquí es inexistente la concurrencia de tales elementos reglados, por lo que resulta inadecuada la utilización de la vía de protección de los derechos fundamentales, al subsumirse las alegaciones en un conjunto de actividades gubernamentales reconducibles al ámbito de las relaciones internacionales (artículos 96 y 97 de la CE) que, de manera indeterminada, no avalan la percusión en los derechos fundamentales invocados (artículos 10.2 y 15 de la CE).

En el caso que estamos analizando, y examinados detenidamente los documentos presentados por la parte actora, el Alto Trinbunal llega a la conclusión de que la supuesta "inactividad" no constituye una actuación por omisión sujeta al Derecho Administrativo y, en consecuencia, está exenta de control jurisdiccional [artículos 1.1, 2.a) y 69.c) de la LJCA], al incidir en el ejercicio de potestades del Gobierno, enmarcadas en su política exterior y posiblemente residenciables en sede parlamentaria.

E) Procedimiento

a) Se incumple el deber de coherencia si la Administración mantiene en vía jurisdiccional una posición distinta a la sostenida en actuaciones anteriores idénticas

La **STS de 5 de abril de 2005,** Ar. 5735, señala que no es de recibo que el Abogado del Estado, como representante de la Administración, sostenga en casación una posición radicalmente diferente de la que mantiene la Administración en unas actuaciones anteriores y que increíblemente tiene el mismo contenido que las que dieron lugar a este proceso, pues tienen por objeto el mismo ejercicio, idéntico impuesto y dirigidas contra el mismo recurrente. Este mínimo de coherencia que es exigible al actuar de la Administración obliga a desestimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, quien no ha ofrecido ninguna explicación de este comportamiento, pese a la aportación de testimonios en el período probatorio acreditativos de lo contradictorio y errático del actuar administrativo.

b) El uso de la previsión contenida en el artículo 33.2 LJCA enerva la imputación de incongruencia

Son muy numerosas las decisiones en las que el Tribunal Supremo ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar un derecho

fundamental amparado en el artículo 24.1 CE. El vicio de incongruencia puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurra la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*– de tal modo que la adecuación debe extenderse tanto a la petición como a los hechos que la fundamentan.

Pues bien, según la **STS de 1 de diciembre de 2004**, Ar. 4299, el procedimiento establecido en el artículo 43.2 LJCA de 1956, reproducido en el artículo 33.2 de la vigente, es una consecuencia del requisito de congruencia que, en todo caso, debe respetar la sentencia y que exigen tanto el ap. 1 del propio precepto como el artículo 80 de la propia norma –67.1 de la actualmente en vigor–, esto es, la necesidad de que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzguen dentro de los límites determinados por las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición, como hoy, con mejor técnica y con supresión de la referencia a las alegaciones de las partes que contenía la Ley de 1956, establece la vigente Ley de esta Jurisdicción. Es evidente que si la Sala, al dictar sentencia, estima que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, está obligada a someter y exponer a las partes dichos motivos (el imperativo "someterá" que el precepto utiliza no deja lugar a dudas) so pena, si no lo hace, de no poder decidir sobre la base de dichos otros motivos y de incurrir en incongruencia en caso contrario y también de provocar indefensión para la parte, al resolver sin haberle dado posibilidad de considerar y apreciar esos motivos incorporados a la sentencia sin su intervención. Pero no lo es menos que el precepto tiene una finalidad claramente dirigida a evitar, en la situación que contempla, el efecto de incongruencia que, en caso de resolver con fundamento en motivos diferentes de los aducidos por las partes, se produciría para la sentencia, porque si la Sala, o, en general, el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, después de haber considerado la posibilidad de que el recurso, o la oposición a él, pudieran fundarse en motivos diferentes a los expuestos por las partes, resuelve no con arreglo a esos nuevos motivos, sino en función de los motivos y pretensiones deducidos oportunamente por aquéllas, ninguna infracción comete ni ninguna garantía quebranta, tan pronto se considere que esta nueva apreciación del Tribunal, debida a su propia iniciativa, ni condiciona ni prejuzga el fallo definitivo, según expresa disposición del propio.

c) Acumulación: si son órganos jurisdiccionales diferentes debe conocer el órgano de mayor jerarquía

Conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 35 LJCA, serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, así como las que se refieran a varios actos cuando exista entre ellos algún tipo de conexión directa, pudiendo el actor acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos que se han indicado.

Pues bien, en el supuesto de que se esté ante pretensiones en principio acumulables pero cuyo conocimiento corresponda a órganos jurisdiccionales distintos, la **STS de 11 de abril de 2005,** Ar. 6750, nos recuerda la jurisprudencia que, para evitar que se dicten resoluciones contradictorias, tiene declarado que en el supuesto al que se acaba de aludir corresponde conocer de las pretensiones en cuestión al órgano judicial competente para enjuiciar el acto o disposición emanado del órgano administrativo de superior jerarquía.

d) Procede la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento personal si no se tiene conocimiento del proceso

El Registro Mercantil está para dar publicidad a los datos afectantes a las entidades mercantiles y, por ello, la Sala de Instancia, ante el fracaso del emplazamiento acordado, debió acudir a dicho Registro (o bien directamente o mediante colaboración de la parte demandante) para averiguar cuál era en tal momento el domicilio social y poder practicar el emplazamiento acordado.

Al no hacerlo así, según la **STS 22 de julio de 2005,** Ar. 6730, la Sala de instancia infringió el artículo 24 CE, que prohíbe la indefensión y permitió que se tramitara un pleito y se dictara una sentencia que afectó gravísimamente a los derechos de la empresa, sin dar a ésta la oportunidad de personarse en el proceso, por lo que procede, en consecuencia, estimar el incidente de nulidad de actuaciones y reponerlas al momento en que, una vez presentada la demanda, se otorgue plazo a la empresa para que pueda contestar a la demanda y solicitar el recibimiento a prueba, y continuar después conforme a Derecho la tramitación del pleito.

e) Prueba

a') La falta de intervención en una prueba que carece de relevancia no produce indefensión

Según la **STS de 19 de abril de 2005,** Ar. 5853, cuando una prueba carece de relevancia para la decisión adoptada en la sentencia recurrida, la falta de intervención de la representación procesal de la demandante en el interrogatorio de los testigos no le ha causado indefensión alguna, condición indispensable para que prospere un motivo de casación basado en el quebrantamiento de las reglas esenciales del juicio.

b') La aportación de documentos en la ratificación judicial de peritos es admisible *ex* artículo 56 LJCA

Según la **STS de 5 de julio de 2005,** Ar. 5251, en el acto de la ratificación del informe pericial, es posible para la Administración recurrida aportar documentos, ninguno de ellos de fecha posterior a la fecha de formalización del escrito de contestación a la demanda, ya que no se conculca por el Tribunal *a quo* ni la letra ni el espíritu del citado

artículo 56.4 LJCA ni de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en virtud de la Disposición Final Primera de la citada Ley Jurisdiccional son aplicables al proceso contencioso-administrativo respecto de la presentación de documentos, al admitir sin audiencia de la otra parte unos documentos que tenían por finalidad poner de manifiesto su disconformidad con los hechos alegados por el expropiado acerca de "la clasificación urbanística de los terrenos, atendida su realidad física, los servicios con los que contaba relativos a dotación de agua, red de saneamiento, instalación de energía eléctrica y telefónica y descripción del terreno, en cuanto al entorno que lo rodea", puntos de hecho sobre los que versó la pericia, y respecto de los que se solicitó a la vista de las fotografías aportadas las aclaraciones pertinentes en torno a la situación y características físicas del terreno expropiado.

c') Las "tomas de datos" en los concursos no constituyen un medio probatorio

Como ha señalado la **STS de 7 de abril de 2005,** Ar. 7002, la Sala de instancia no vulnera los preceptos procesales cuya infracción se le imputa cuando, tras aceptar como prueba documental la aportada con la demanda, considera que parte de ella (en concreto, las hojas manuscritas de tomas de datos que no se corresponden con los documentos oficiales obrantes en el expediente y los ulteriormente aportados por la Administración) carece de los elementos de certeza suficientes como para ser tomada en consideración de modo decisivo. El contenido intrínseco de dichos documentos, en cuanto meras actuaciones preparatorias de la decisión final, no resultaría decisivo, ya que las "tomas de datos" no constituirían, todo lo más, sino un mero elemento interno –cuya autoría no consta– para facilitar el trabajo de la Comisión de valoración.

f) En fase de conclusiones se pueden aducir cuestiones nuevas

La **STS de 16 de mayo de 2005,** Ar. 5221, analiza un caso en el que la cuestión de la falta de consentimiento informado –una cuestión necesitada de contraprueba– no se planteó en ningún momento en la vía administrativa y tampoco en la demanda, ni en ningún otro momento del proceso hasta que lo fue, y sorpresivamente en el escrito de conclusiones.

Si bien es cierto que alegación de tanta trascendencia debió plantearse *ab initio*, no es menos cierto que el Alto Tribunal viene admitiendo, por mejor adecuarse al principio de tutela judicial eficaz, que en ocasiones –y la presente podría ser una de ellas– las circunstancias del caso permiten obviar la prohibición de plantear cuestiones nuevas si, al menos en conclusiones, la cuestión fue planteada en términos suficientemente claros, y tuvo la contraparte ocasión de responder.

g) Medidas cautelares: la anotación preventiva de la demanda es una medida cautelar

La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, –no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1–, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como ha señalado la TS de 18 de noviembre de 2003, la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

Desde tal perspectiva legal, la **STS de 13 de mayo 2005,** Ar. 5440, señala cómo la anotación preventiva de demanda tiene, desde el punto de vista registral, únicamente la virtualidad de retrotraer a su fecha la sentencia que en su día se dicte, pero, en ningún caso puede afectar a terceros anotantes cuya anotación sea anterior a la fecha de aquélla, como se desprende del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, que exige determinados requisitos incluso para anotaciones posteriores, y no puede ser de otro modo, pues, si lo fuera se conculcarían todos los principios hipotecarios y lo que es más importante, el artículo 24 de la Constitución. La anotación de demanda tiene un doble contenido,

el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido sustantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular.

h) Extensión de efectos

a') Debe darse una idéntica situación jurídica entre las situaciones resueltas en la sentencia y la del solicitante

La **STS de 11 de abril de 2005,** Ar. 5126, ha señalado que el distinto marco que resulta de las diferentes Instrucciones aplicadas en cada caso introduce un elemento de diversidad que impide la identidad requerida por la Ley.

Este criterio es coherente con el reconocido en diversas sentencias (SSTS 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, 3 de julio de 2004, 13 de septiembre de 2004 y 23 de diciembre de 2004), que subrayan cómo el artículo 110.1.a) de la LJCA 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, pues 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.

b') No se produce la identidad de supuestos si el beneficiado por la sentencia cursó una solicitud en vía administrativa y el solicitante de la extensión no lo hizo

La **STS de 7 de marzo de 2005,** Ar. 6521, nos reitera la doctrina según la cual el artículo 110.1.a) de la Ley de la Jurisdicción es terminante: exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas la situaciones jurídicas. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad. Naturalmente, 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 bien, del examen de las actuaciones analizadas por la sentencia comentada se desprende que no se da dicha identidad, ya que en el supuesto resuelto por la Sentencia cuya extensión se pretende se produjeron unas circunstancias que no concurren en el presente.

En efecto, allí el actor solicitó de la Administración disfrutar las vacaciones anuales correspondientes al año 1994, formulando su solicitud, que le fue denegada. Sin embargo, no consta que el solicitante de la extensión pidiese a la Administración el disfrute de vacaciones correspondientes al año 1997 durante dicho año. Resulta claro que las situaciones son diferentes. Esto no supone que se considere exigible un requisito que

el artículo 110 no impone. Lo único que se hace es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente en su apartado 1.a), se establece: que sólo cabe la extensión de los efectos de una sentencia cuando las situaciones jurídicas son idénticas.

c') El artículo 110 LJCA debe conjugarse con el principio de que no es posible recurrir contra los actos consentidos por no haber sido recurridos

El artículo 110 de la LJCA tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública y tiene su aplicación, en cuestiones de personal, cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada que ha realizado sin interponer recurso contra el acto en cuestión, consistiéndolo y determinando su firmeza.

Como señala la **STS de 8 de marzo de 2005,** Ar. 4305, es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma y nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo haya quedado sin efecto en el supuesto del artículo 110 de la citada Ley Jurisdiccional. El mencionado precepto tiene un amplio campo de aplicación para conseguir la extensión de los efectos de una sentencia a funcionarios del mismo colectivo o grupo cuando no han consentido un acto expreso que les exige una determinada conducta y se trata de restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios.

d') No procede la extensión de efectos cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende es contraria a la jurisprudencia

El fundamento de la extensión de los efectos de la sentencia radica precisamente en la identidad de situaciones. Para que pueda extenderse el reconocimiento de la situación jurídica individualizada a quienes no hubieran sido parte en el proceso en que se dictó la sentencia es necesario que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. El principio de unidad de doctrina y el de igualdad ante la Ley imponen otorgar el mismo trato a quienes se encuentren en la misma situación.

Pues bien, señala la **STS de 23 de junio de 2005,** Ar. 5517, que la situación jurídica de los recurrentes que obtuvieron un fallo favorable a sus intereses en la sentencia y la de la recurrente que solicita la extensión de efectos de ésta no es igual porque durante el tiempo transcurrido entre la fecha de aquella sentencia y la de la solicitud de la recurrente de extensión a ella de los efectos de la sentencia han ocurrido dos acontecimientos que condicionan sustancialmente la solicitud de la recurrente: el dictado por esta Sección de

una sentencia y la promulgación y entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

a) La cuantía en el Impuesto de Bienes Inmuebles viene determinada por la cuota del tributo, no por el valor catastral

El artículo 86.2.b) LJCA excluye del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas (salvo que se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no es el caso), siendo irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso que se haya tenido por preparado por la Sala de instancia o que se ofreciera el mismo al notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido, estando apoderado el Tribunal Supremo para rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada de oficio o a instancia de la parte recurrida.

Además, de conformidad con la regla del artículo 41.3 LJCA, en los supuestos de acumulación de pretensiones –es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional–, aunque la cuantía venga determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquélla no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación.

Pues bien, a la vista de lo expuesto, el **ATS de 23 de junio de 2005,** Ar. 6810, ha señalado que cuando se impugnan valores catastrales la cuantía del recurso ha de venir determinada no por el importe del valor catastral –que constituye la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles– sino por la cuota que, en su caso corresponda por aplicación del correspondiente tipo del impuesto sobre bienes inmuebles.

b) No son recurribles en casación las sentencias dictadas tras la modificación de 2003 de la LJCA en asuntos cuya competencia en primera instancia corresponde al Juzgado Central

El **ATS de 14 de febrero de 2005,** Ar. 6622, analiza el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a las modificaciones efectuadas por la misma, en la Ley Jurisdiccional de 1998, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ya extendió, por identidad de razón, el tratamiento que a efectos del acceso al recurso de casación se da a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los procesos pendientes cuya competencia corresponde, conforme a la redacción originaria de la Ley Jurisdiccional, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; a las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en los procesos pendientes cuya competencia corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (Autos de fecha 6 de julio de 2001 –recurso de casación 3069/1999– y de 8 de febrero de 2002 –recurso de casación 95/2000–, entre otros); razón por la que procederá ahora extender igualmente a las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en los procesos pendientes, cuya competencia corresponda, conforme a las modificaciones efectuadas por la misma, en la Ley Jurisdiccional 29/1998, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, el tratamiento aplicable a las sentencias dictadas por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y en las que concurran las mismas circunstancias antes indicadas.

Abonan la solución anticipada las siguientes razones: en primer lugar es cierto que la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, en la Disposición Transitoria Décima no incorpora una previsión similar a la contemplada en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la LRJCA de 1998, referible al recurso de casación, dado que aquélla establece que los asuntos de los que estén conociendo los Tribunales Superiores de Justicia que pudieran estar afectados por las modificaciones de la LJCA efectuado por la Disposición Adicional Decimocuarta de esta Ley Orgánica, continuarán tramitándose por los mismos hasta su finalización. Pero también es cierto que esa disposición ha de entenderse que se está refiriendo a la mera tramitación del recurso contencioso-administrativo sin incluir la fase de recursos, pues hay que estimar que la expresión "finalización" de la Ley Orgánica de 2003, es más precisa que la de "conclusión" utilizada por la Disposición Transitoria Primera, párrafo 1º de la LRJCA de 1998, ya que aquélla está referida a los diferentes modos de terminación del proceso –desistimiento, allanamiento, renuncia, sentencia–, mientras que conclusión podría entenderse relativa a la mera tramitación. De modo que la nueva terminología ha sido introducida por el legislador orgánico para evitar las interpretaciones diversas que se habían producido con la entrada en vigor de la LRJCA de 1998, ya que consta por notoriedad que hubo Tribunales Superiores de Justicia, que, entonces, habían considerado que dicha Disposición Transitoria Primera, debía tomarse en el sentido de que los recursos contencioso-administrativos ante ellos pendientes, pero concernientes a materias que, con la nueva regulación de la competencia, eran propios de los Juzgados, debían continuar sus trámites ante aquellos órganos colegiados, hasta el momento de la sentencia, pero que el dictado de ésta correspondía a los Juzgados, a los que, conclusos los trámites, había que remitir las actuaciones. Y ello frente a otros Tribunales Superiores de Justicia, que incluso pronunciaban la sentencia. Diversidad notablemente distorsionadora, por cuanto venía a influir en el subsiguiente régimen de impugnación de las sentencias, por vía de recurso.

En segundo lugar, porque la omisión del Legislador orgánico, ha de ser suplida atendiendo a la solución que impone la coherencia del sistema, estimando que del conjunto de la actual regulación del recurso de casación, se infiere que deben excluirse del mismo los asuntos que, por su menor relevancia o por otras razones organizatorias o prácticas, aparecen atribuidas a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y, lógicamente de entre ellos, aquellos que, asignados antes de las últimas reformas competenciales a los Tribunales Superiores de Justicia en primera o única instancia, el legislador en la reforma de 2003, ha decidido transferir a los Juzgados.

La solución que se propugna es la que se infiere de una interpretación finalista de la regulación legal referible inmediatamente al problema planteado, realizada contemplando en su conjunto la regulación que se contiene en la LRJCA, sobre las materias afectadas –competencia de los Juzgados y Tribunales Superiores y régimen de los recursos, en particular del de casación–. Y así, la regulación de la competencia, desde esa perspectiva, permite deducir que la idea de que se parte es la de que se atribuya a los Juzgados los asuntos de relativa importancia, o que, por su índole, aconsejen que sean solucionados por el órgano judicial en contacto próximo con la realidad en que surgió el pleito, o bien porque exija soluciones rápidas, tal como ocurre en materia de extranjería (siendo de advertir a estos efectos que la reforma introducida por la LRJCA, por la Ley Orgánica de 2003, ha modificado también el artículo 78.1, de aquéllos, estableciendo que deben seguirse por los trámites del procedimiento abreviado los asuntos de extranjería). Y ello con la aplicación del subsiguiente régimen de recursos, que excluye la del recurso de casación. Y porque la interpretación que ahora se sostiene, si se realiza contemplando en términos de totalidad, el régimen de la casación, también conduce a una limitación de los asuntos que pueden acceder al régimen de estos recursos, pues esta idea aparece impulsada por el propio legislador ordinario, si se observa el apartado VI, núm. 2, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LRJCA de 1998, que así viene a decirlo, cuando expresa la justificación de las reformas que introduce respecto de la anterior regulación legal, en cuanto al régimen de acceso a la casación. Sin duda para evitar que se agrave progresivamente la carga que respecto a este tipo de recursos pesa sobre este Alto Tribunal, que pone en riesgo inmediato el derecho a la justicia efectiva, como medida necesaria para que el Tribunal Supremo pueda atender, según dice la Exposición de Motivos su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial.

c) La defectuosa preparación es aplicable sólo en las casaciones contra sentencias, no contra autos

La **STS de 11 de febrero de 2004,** Ar. 5663, nos recuerda la doctrina según la cual la carga procesal que al recurrente impone el artículo 89.2 LJCA, en relación con el artículo 86.4 de la misma, está referida a las sentencias, no a otro tipo de resoluciones, por lo que no resulta aplicable a los autos, como es el caso, en que se recurre un auto de los comprendidos en el artículo 87.1.b) de dicha Ley, que decidió la medida cautelar.

B) Motivos: alcance y significado del motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA

La **STS de 10 de junio de 2006,** Ar. 7040, señala que para que se entienda producida la alegada vulneración del artículo 88.1.c) LJCA, es necesaria la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intranscendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación. b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 CE. c) Real producción de indefensión, pues no es suficiente el quebrantamiento de una formalidad esencial si no va acompañada de una indefensión, como consecuencia de la falta denunciada, pues ello constituye el requisito que podemos considerar medular para la prosperabilidad del recurso y se requiere haber pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello. La citada petición de subsanación constituye un presupuesto esencial. d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en Sentencias 70/1984, 48/1986, 64/1986, 98/1987, entre otras) no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de la misma desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias. e) Llegamos así a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni trascendencia de las facultades de defensa. f) El tema de la admisión de la prueba se integra dentro de los aspectos esenciales del proceso dado que el resultado de aquélla puede afectar decisivamente al contenido de la sentencia, de suerte que una denegación indebida puede constituir el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

C) Es posible realizar una integración de los hechos en el recurso de casación

La **STS de 26 de enero de 2006,** Ar. 5669, nos recuerda que pueden ser objeto de revisión en sede casacional determinados temas probatorios o relacionados con la prueba, tal y como ocurre en el supuesto de que pueda procederse a una integración de los hechos. Así se ha señalado que cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada (STS de 12 de julio de 1999, en términos parecidos a los que resultan de la redacción del artículo 88.3 de la LJCA. SSTS de 6 y 17

de julio de 1998, 12 de julio, 2 de noviembre y 15 de diciembre de 1999, 20 de marzo, 3 de abril, 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras muchas).

3. CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) No cabe cuando la doctrina no es susceptible de desplegar su virtualidad más allá de determinadas fechas

La **STS de 14 de abril de 2005,** Ar. 5298, señala que, de acuerdo con el artículo 100.7 LJCA, que establece el respeto a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y la eficacia que reconoce a la doctrina legal establecida en los recursos de casación en interés de ley, cuya vinculación para Jueces y Tribunales inferiores en grado sólo se produce a partir de la publicación del fallo de la correspondiente sentencia en el Boletín Oficial del Estado, habría de entenderse la escasa trascendencia práctica que tendría un pronunciamiento estimatorio como el propuesto, en el que la normativa aplicada en la sentencia recurrida, eventualmente, tendría una vigencia muy limitada, sin perspectiva de futuro alguna, máxime si tenemos en cuenta el período de prescripción de la deuda tributaria, cuatro años (artículo 64 LGT, modificado por la Ley 1/1998). Todo lo dicho lleva directamente a concluir que no se cumple el requisito de grave daño para el interés general.

Fernando J. Alcantarilla Hidalgo

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

R.O. **BUSTILLO BOLADO** y E.Mª. **MENÉNDEZ SEBASTIÁN**

Desarrollo rural y gestión sostenible del monte

[Iustel, Madrid, 2005]

SILVIA Mª GARCÍA FERNÁNDEZ

La presente obra tiene por finalidad estudiar desde una perspectiva jurídica el reciente fenómeno del desarrollo rural y su conexión con el régimen jurídico de los montes.

El libro se estructura en dos partes. En la primera se explica qué es el desarrollo rural, cómo se impulsa desde los años noventa desde las instituciones comunitarias, cuál es el papel que le que corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas y a los Entes locales, qué es lo que se está haciendo en la actualidad, qué es lo que se puede hacer y cuáles son las perspectivas de futuro en España y en Europa. La segunda parte tiene por objeto el estudio del papel del monte en el desarrollo rural y, muy especialmente, la planificación, la gestión y la multifuncionalidad, todo ello desde las nuevas perspectivas que se abren tras la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

Roberto BUSTILLO y Eva MENÉNDEZ satisfacen con esta monografía tres fines. En primer lugar, un fin divulgativo, pues explican de forma clara desde una perspectiva jurídica qué es el desarrollo rural, la gestión sostenible del monte, y qué opciones y margen de actuación tienen en la materia los poderes públicos estatal, autonómico y local. En segundo lugar, un fin investigador, pues se profundiza en determinados aspectos complejos –sin perder nunca la vertiente práctica– que no habían sido hasta ahora objeto de suficiente tratamiento. Y, en tercer lugar, un fin sensibilizador; pues los contenidos de este libro tratan de contribuir a que cargos políticos y funcionarios que no estén familiarizados con los principios, los objetivos, las necesidades y los instrumentos del desarrollo rural, se acerquen a este singular centro de atención del Derecho con una sensibilidad que es difícil adquirir si no se vive desde dentro o desde cerca los problemas e inquietudes del campo y de sus gentes.

Todos los desarrollos del libro vienen acompañados de un amplio respaldo doctrinal, jurisprudencial y legal, lo que pone al alcance del lector tanto la información que ha servido de base a las ideas y construcciones del texto, como las fuentes a las que puede acudir si desea ampliar sus conocimientos en relación con cualquiera de las materias abordadas.

Por todo lo expuesto, esta obra es un instrumento de gran utilidad tanto para los universitarios interesados en la materia, como para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, como para los responsables políticos implicados de una u otra forma en la gestión y en la adopción de decisiones en el ámbito del desarrollo rural y el uso de los montes.

J. ESTEVE PARDO

Derecho de medio ambiente

[Marcial Pons, Madrid, 2005, 308 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

A lo largo de veintiún 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 contaminación 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**
(Prológo 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 págínas]

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 conflicto 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 confluir 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. Mª., *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, Iustel, Madrid, 2005–

J.A. **GONZÁLEZ-ARES**

(Prólogo de L. MÍGUEZ MACHO y Epílogo de F. ANDRÉS ALONSO)

El Valedor do Pobo. Del Ombudsman sueco al comisionado parlamentario gallego

[Tirant lo blanch, Valencia, 2005, 310 páginas]

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 previsiones 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]

E. M.ª MENÉNDEZ

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 avecinan 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 (artículos10, 11 y 12).

El comentario se lleva a cabo por expertos en las diversas materias, dentro de los cuales se encuentran profesores de Universidad, preferentemente murcianas aunque no de forma exclusiva –en este último caso y como han expresado los propios coordinadores 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.

L. ARROYO JIMÉNEZ

Libre empresa y títulos habilitantes

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 603 páginas]

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

Este libro estudia un aspecto fundamental de la intervención pública sobre la libertad de empresa como son las distintas formas jurídicas a través de las cuales la Administración conoce, tolera, permite, controla, regula el acceso al mercado, esto es, el inicio de actividades económicas por parte de los particulares. "Títulos habilitantes" es el nombre escogido por el autor para acuñar una categoría dogmática que incluye un heterogéneo grupo de figuras: concesión, autorización, comunicación previa, inscripción registral, contratos de servicio público, entre otras denominaciones. El intento de sistematizarlas y construir una teoría general al respecto no es nuevo. Grandes juristas se lo han propuesto antes, quizá con menos ambición, pero, en general, toda la doctrina comparte la insatisfacción que deriva de un régimen jurídico casuístico, impreciso, inestable y, en definitiva, confuso.

Siendo, pues, un tema recurrente, el libro de Luis ARROYO resulta sin embargo extraordinario. Por muchos motivos. En primer lugar, es original la dual perspectiva desde la que lo aborda. Por un lado, los presupuestos del derecho constitucional español, que son analizados mediante la teoría de la ponderación, aplicada a los principios de libertad de empresa y del Estado social (capítulo I). De otro, los propios del derecho europeo y los distintos modelos de integración jurídica (capítulo II). Todo ello sin perder de vista los factores ideológicos, económicos, sociológicos que impulsan las transformaciones que sufren actualmente estas técnicas de intervención. Muy apropiado es, por ende, que el autor haya tomado como referencia los sectores energético y de telecomunicaciones, paradigmas de la liberalización y de la unificación de mercados.

El rigor metodológico y conceptual es otra característica de esta investigación, que le permiten superar los falsos nominalismos para llegar a las auténticas claves del debate. En ese sentido, me parece muy destacable que la clasificación y definición de los distintos títulos habilitantes (parte segunda) tenga, como criterio principal, uno ideado por el propio autor: si el título se concreta o no en una decisión administrativa. También es acertado el enfoque funcional, pues debemos presumir que la concreta regulación de cualquiera de estas técnicas sirve a una determinada *policy*.

Se trata, en suma, de una valiosa aportación al Derecho Administrativo de nuestra época, de gran ayuda para asimilar los cambios que a diario observamos y frente a los cuales nos solemos encontrar inermes desde el punto de vista teórico. Con mayor motivo, es especialmente útil para quienes se mueven en el comprometido terreno de la práctica, de la interpretación y aplicación de las normas.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. ***Contenido.*** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.

2. ***Lengua y formato.*** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.

3. ***Resúmenes en español e inglés.*** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.

4. ***Dirección de envío.*** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.

5. ***Evaluación.*** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

6. ***Pruebas de imprenta.*** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.

7. ***Obligación de cumplimiento de las normas.*** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.